

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء السابع)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي
زاده أفندي قاضي عسكري روملي
وهي تكملة فتح القدير للمحقق
الكامل بن الهمام رحمه
الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود الباري
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى
جلبي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تقديمه) قد جد لنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصحيفة
وبليه الثانى مفصولا بينهما جدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي
الاول في صدر الهامش وبليه الثانى فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه يحرار المسجد الحسينى بمصر)

الطبعة الاولى

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٧

هجريه

(بالقسم الادبى)

باب اقرار المريض

أفرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست الصحيح وأخره لأن المرض بعد الصحة قال (واذا أقر الرجل في مرض موته الخ) إذا مرض المدينون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأته تزوجها وعلم معاينة أو أقر في مرضه بديون غير معلومة الأسباب فديون الصحة والتي عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقربة (وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أولا (يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الأهل) إذا الغرض فيه المضاف إلى محله وهي الذمة القابلة للحقوق

باب اقرار المريض

قال المصنف (واذا أقر الرجل إلى قوله مقدم) أقول التعقيب عن المقربة تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على أنه لا فرق بين الدين والديون في الحكم قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة إلى قوله ومناكحة)

ومن يتوكل على الله
فهو حسبه

(بسم الله الرحمن الرحيم)

باب اقرار المريض

قال (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع في بيان أحكام اقرار المريض لأن المرض بعد الصحة وأفرد به باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست الصحيح (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون) أي بديون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه) أي في مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمته أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأته تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه إلى هنا لنظ القدوري في مختصره قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض

أقول المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص فيمنعني أن يضم إليه أنه لم يفصل أحدين لو صنف
الناصب بالاقرار في دين الصحة والناصب بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الناصب في المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى ثم أقول القياس على المباينة والمناكحة يدان على كون الاقرار سبب الملك عند الشافعي على ما ذهب إليه بعض أصحابنا لا دليله على ما هو المختار وأشار إليه المصنف في تقرير دليل أغنتنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أي هو الاقرار الصادر عن الأهل والاقرار المضاف إلى المحل ولكن بقي ههنا شيء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح

فصار كأنشاء التصرف مبايعة أو منة كحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهم المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار باخبار
عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه
لان حق غرماء الصحة تعلق به هذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة) أصلاً اذا (٣) احاطت الدين بماله وبالزيادة على الثلث

اذا لم يكن عليه دين وفي هذا
التوضيح جواب عما دعي
الشافعي من الاستواء بين
حال الصحة والمرض فانه
لو كانتا متساويتين لما
منع من التبرع والمحاباة
في حال المرض كما في حال
الصحة فان قيل الاقرار
بالوارث في المرض صحيح
وفد تضمن ابطال حق
بقية الورثة أجيب بأن
استحقاق الوارث المال
بالنسب والموت جميعاً
فلاستحقاق يضاف الى
آخرهما وجودا وهو الموت
بخلاف الدين فانه يجب
بالاقرار لا بالموت

ومحمل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر
دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق به هذا المال
استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث

لوصفي العقل والدين لانهم المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار باخبار عن الواجب في الذمة
ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزاد جهة ربح حمار الصدق لان المرض سبب
التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في الماضي فلا احتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة
قبول الاقرار فيه أوفر كذا في الشروح واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه
الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في
الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة
لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل اذا أفاد مساواة
دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضاً بناء على عدم
الفائل بالفصل بين دينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقر في علم الاصول وأراد
بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل
خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار
في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس يصحح اذا يلزم
من وصول الشيء الى رتبة الأدنى وصوله الى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالاقل على الثاني وان
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين
الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة
لدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الأدنى الى رتبة شيء وصول الأعلى الى رتبة ذلك
الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئاً ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين
المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين
اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً (ومحمل الوجوب
الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى دين
المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا
استيفاء (وصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كحة) أي صار اقراره في المرض كأنشاء التصرف
بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا أن الاقرار
لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كالورهن أو آجر شيئاً ثم
أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقه به (وفي اقرار المريض ذلك)
أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من
حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث) قال صاحب

قال المصنف (لان حق
غرماء الصحة الخ) أقول
وبمذا يخرج الجواب عن
قوله ومحمل الوجوب الذمة
فان الدين يتعلق بالمال
عند الموت لخرباب الذمة
وسبب الموت المرض
فيستند حكم الخرباب الى
أول المرض ويصير كأن
الدين متعلق بالمال عند
الاقرار اليه أشير في
المبسوط قال المصنف
(ولهذا منع من التبرع
الخ) أقول التفريق
بظاهره غير مستقيم كالأ

يخفى على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جواباً عن ذلك وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقرير بالاولوية وهو ان المريض
لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلا يمنع
فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى اه وأنت خير بأن عدم استقامة التقرير مع باقي بعد

بمخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل

من الحوائج الاصلية والمرء
غير ممنوع من الحوائج
الاصلية وان كان ثمة دين
الصحة كالصرف الى ثمن
الدوية والاعذية (قوله
وهو بمهر المثل) يجوز ان
يكون حالا يعني ان
النكاح من الحوائج الاصلية
حال كونه بمهر المثل وأما
الزيادة على ذلك فباطلة
والنكاح جائز فان قيل
لوتزوج شيخ فان رابعة
جاز وليس يحتاج اليها فلم
يكن من الحوائج الاصلية
أجيب بان النكاح في أصل
الوضع من مصالح المعيشة
والعبرة لأصل الوضع
للالعمال فان الحال مما لا
يوقف عليها

قال المصنف (بخلاف
النكاح لانه من الحوائج
الاصلية) أقول سيجي
ان قضاء الدين أيضا من
الحوائج الاصلية وابطال
حق الغرماء مشترك فان
البضع ليس بمال متقوم فما
الفرق وجوابه أنه لم يظهر
ثبوت الدين هنا لمكان
التمهنة حتى يكون قضاؤه
من الحوائج فليتنامل (قوله
وهو بمهر المثل) أقول
هذه جملة معقضة (قوله
يجوز أن يكون حالا) أقول
يعني من المستتر في الخبر
(قوله يعني ان النكاح من
الحوائج الاصلية حال كونه

النهاية أي فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محبطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلا في الثلث وما
دونه انتهى واقفي أثره صاحب العناية في حل هذا المحل به - هذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال
ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون
انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذا ظاهر من قوله ما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شيء من
الديون أصلا بمقتضى وقوع النكاح في سياق النقي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف وتعلق حق غرماء
الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلا
ولا يخفى أن هذا معنى لغوي يناقض آخره أوله لانه اذا لم يكن على المريض دين أصلا لم يتصور تعلق حق
الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل أن يقال ماذا كره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط
بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا أي بالثلث وبمادونه نعم يمنع المريض من
التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله
بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع انما
يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف
ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال
المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة
(أقول) برده عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض
لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لالتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم
يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لان ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق
غرماء الصحة والمرض لافي حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بطل قوله المذكور
ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعا
وبصح التفريق على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على النطن وكان الامام الزبلي تنبيهه لقصور ما ذكره
المصنف ههنا في التفريق حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في
حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط لان منعه من التبرع
والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم تحط
به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا يخفى عنه في تنقيح الكلام
ههنا لا فائدة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به
حق سائر الورثة فلم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما
في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فلا استحقاق يضاف الى آخرهما
وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهد ذي النسب قبل الموت اذ ار جعابعه الموت والشهود له أخذ المال
لم يضمنا شيئا فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار (بخلاف النكاح)
جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك (لانه من الحوائج الاصلية) قال
بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية
وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاعذية (وهو أي النكاح) بمهر المثل هذه جملة
حالية يعني أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز
كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا (أقول) كون

(قوله وبخلاف المبايعة) يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المدين بطل اقراره بالدين حال الصحة لانه لا اقرارا للمتضمن (٥) لا بطلان حق الغير ليس يعتبر كما مر

أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال له قدرته على الاكتساب فيتحقق التثمين) فلم يحتج الى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذات أجب بقوله (وحالة المرض حالة واحدة) يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لانه حالة العجز) فكانا بمنزلة اقرار واحد كالحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافتراقا) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال (وانما تقدم الديون في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الديون (اذا المعين لامرده) يعني أن ثبوتها بالماضي لا مرد له (وذلك) أي ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أي أربد مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البذل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصور وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمين وهذه حالة العجز وحالتنا المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافتراقا وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذا المعين لامرده وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره النكاح من الحوائج الاصلية مطاقا متنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لا مكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء جوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجا بقاء النسل ولا احتياج قضاء شهوة قلنا النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لا أصل الوضع لا الحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليعتني الامر عليها أشار في الاسرار وذكر في الشروح (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصور) والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان كانت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبذل حكم المبدل ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المدين بطل اقراره بالدين حالة الصحة أيضا لان الاقرارا للمتضمن لا بطلان حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالاجماع أجب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أي بمال المدين (لقدرته على الاكتساب) أي لقدرته المدين على الاكتساب في تلك الحالة (فيتحقق التثمين) أي تثمين المال وهو كثيره يقال ثمر الله ماله أي كثرة فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لانه يتعلق حقهم بذلك أجب بقوله (وحالتنا المرض حالة واحدة) أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل بالموت حالة واحدة (لانه) أي لان المرض (حالة العجز) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافتراقا) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال (وانما تقدم الديون في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الديون (اذا المعين لامرده) يعني أن ثبوتها بالماضي لا مرد له (وذلك) أي ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أي أربد مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البذل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه

قال المصنف (لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز) أقول الانسب بقوله حالة اطلاق أن يقال حالة عجز سبقتي اليه الاتشافي (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول الثابت بالاقرارا والاضافة للعهد

فتقدم على المقربة وتصير
مثل دين الصحة (لا يقدم
أحدهما على الآخر
لما بينا) أنه من الحوائج
الاصولية يعني في النكاح
ولا تهممة في ثبوته في غيره
قال (ولو أقر بعين في
يده لا تخلم يصح) الاقرار
بالعين في المرض كالاقرار
بالدين فيه بمنعه عن ذلك
تعلق حق الغرماء بالعين
(ولا يجوز للمريض أن يقضي
دين بعض الغرماء دون بعض)
سواء كانوا غرماء الصحة أو
المرض أو مختلطين (لأن في
ذلك إبطال حق الباقيين)
فلا يصح فإن فعل ذلك لم
يسلم المقبوض للقابض بل
يكون بين الغرماء بالخصص
عندنا وقال الشافعي سلم له
ذلك لأن المريض ناظر
لنفسه فيما يصنع فرجما
يقضي من يخاف أن لا يسامحه
بالإبراء بعد موته ويخاصمه
في الآخرة والتصرف على
وجه النظر غير مردود
والجواب أن النظر لنفسه
انما يصح إذا لم يبطل حق غيره
(قوله ولا تهممة في ثبوته في
غيره) أقول فيه بحث فإن
الظاهر من كلام المصنف
أن قوله لا تهممة في ثبوتها يعم
النكاح وغيره قال
الاتقاني قوله لما بينا إشارة
إلى قوله إذا المعين لا مردله
اه وفيه بحث أيضا

أو تزوج امرأته بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين
في يده لا تخلم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء
دون البعض لأن في إبطال البعض إبطال حق الباقيين

بمعايضة القاضي أو بالينة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استملكه
بحسب المعنى كأنه قال أو بمهر مثل امرأة تزوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة الأسباب (أقول)
الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير إقرار المريض شرط في هذا المثال أيضا والا كان مما ثبت بإقرار
المريض فلا يصح مثلا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الأسباب وإذا كان ذلك شرطا في هذا
أيضا لا يرى في تأخير المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير إقراره وجه وجب (وهذا الدين) يعني
الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به
إلى قوله لأنه لا تهممة في ثبوتها فإن تلك العلة أعني عدم التهمة في الثبوت كما تنمى في الدين اللازم في
المرض بأسباب معلومة بناء على أن المعين لا مردله كذلك تنمى في دين الصحة مطلقا أما فيما يلزم في
الصحة بأسباب معلومة فبناء على أن المعين لا مردله وأما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون
فيه إبطال حق الغير كما في إقرار المريض هذا وقال صاحب غايه البيان قوله لما بينا إشارة إلى قوله
إذا المعين لا مردله (أقول) ليس هذا ابتداء لأن تلك العلة أعني قوله إذا المعين لا مردله لا تنمى فيما إذا
ثبت دين الصحة بالاقرار إذا ثبت بآثار ليس من المعين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين
الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب الغايه لما بينا أنه من الحوائج الاصولية يعني في النكاح
ولا تهممة في ثبوته في غيره انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فإن قول المصنف لأنه لا تهممة في ثبوتها
مع قرينة في الذكروته للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى
به في شرح قوله ههنا لما بينا في صراحة إلى توزيع قوله لما بينا إلى قوله لأنه لا تهممة في ثبوتها وإلى قوله في بعد
بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الاصولية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب الغاية وقال صاحب
النهاية ومعارض الدراية قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه من الحوائج الاصولية وقوله لأنه لا تهممة في ثبوتها
(أقول) إن أراد أن قوله لما بينا إشارة إلى قوله له المذكورين في الموضع عين بطريق التوزيع كما قرره
صاحب الغاية فيرد عليهم ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بينا وإن أراد أنه إشارة إلى قوله
المذكورين بطريق الاستقلال يعني أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون
المعروفة الأسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس يصحح لأن قوله لأنه من
الحوائج الاصولية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج
الاصولية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أي المريض (بعين في يده لا تخلم) سواء كانت العين أمانة
أو مضمونة (لم يصح) إقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أي بما أقر به ذكر المصنف هذه
المسئلة تفريع على مسئلة القدوري ومفادها أن الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه
(ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة
أيضا تفريع على مسئلة القدوري وقال في تعليقه (لأن في إبطال البعض إبطال حق الباقيين)
وهو لا يصح فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالخصص عندنا نص
عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض سالم للقابض لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع
فرجما يقضي دين من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه

وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد عن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينه قال (فاذا قضيت) يعني الديون المقدمة (وفضل شيء يصرف الى ما أقرب به في حالة المرض) لأن الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) لأنه لم يتضمن ابطال حق الغير

النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء) أي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز اشارة البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشترط الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض في مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعاً أعني قضى واستقرض فالمعنى الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذلك قوله (أو نقد عن ما اشترى في مرضه) أي نقد في مرضه عن ما اشترى في مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينه) أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينه أو بماينة القاضي فيثبت يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما ما ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل بعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمنع سلامته للرد وعليه حق غرماء الصحة لا يمنع ذلك فكذلك اذا رد به لأن حكم البديل حكم البديل قال في النهاية وذكر في الذخيرة وأوضح من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والا جبراً لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل الا يرى أنه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر أبطال حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لأن ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة كان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى (قال) أي القدروري في مختصره (فاذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعني الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة (وفضل شيء) هذا من كلام القدروري يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف الى ما أقرب به في حالة المرض) قال المصنف في تعليقه (لأن الاقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حق المقرض ودوره عن أهله في محله اذا الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) لكونه متمماً في حق الغير (فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أي صحة اقراره في المرض لزوال المانع (قال) أي القدروري في مختصره (وان لم يكن عليه) أي على المريض (ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف في تعليقه (لأنه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعني أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة جاز اقراره لأن الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضاً على الدين الثابت باقرار المقرض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فانه ظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة

(قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقد عن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينه أو بالمعينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لأنه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر بعدله رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمنع سلامته للرد وعليه حق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد به لأن حكم البديل حكم البديل (فاذا قضيت الديون المقدمة) بنوعها (وقضى شيء يصرف الى ما أقرب به في حالة المرض) لأن الاقرار في ذاته صحيح أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل المال (لعدم تضمنه ابطال حق الغير

(قوله أو نقد عن ما اشترى) أقول يعني نقد في مرضه

(وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته
ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته
في التكفين قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه بقيمة الورثة) وقال الشافعي
في أحد قوليه يصح

(وكان المقر له أولى من الورثة)
لقول عمر رضي الله عنه إذا
أقر المريض بدين جاز ذلك
عليه في جميع تركته) فان
قبل الشرع قصر تصرف
المريض على الثلث لقوله
عليه الصلاة والسلام
الثلث والثلث كثير وذلك
أقوى من قول عمر أجيب
بأن ذلك في الوصية وما في
معناها والاقرار لا جنبي
ليس من ذلك كما سبأني
(ولأن قضاء الدين من الحوائج
الأصلية) لأن به رفع الحائل
بينه وبين الجنة وحق
الورثة يتعلق بالتركة بشرط
الفراغ عن الحاجة ولهذا
يقدم تجهيزه وتكفينه
قال (ولو أقر المريض لوارثه
لا يصح) واقرار المريض
لوارثه باطل سواء أقر بعين
أو بدين (الأن يصدق فيه
بقية الورثة وقال الشافعي
في أحد قوليه يصح)

(قوله كما سبأني) أقول في
آخر الصحيفة

(وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدوري أيضا قال المصنف في تعليقه (لقول عمر رضي الله
عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) والاثري في مثله كالمخبر لانه من المقدوات فلا يدرك
بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه
نظر لانه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمرو وكذا روى في الاصل حديث محمد بن الحسن
فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل
غير وارث فانه جائز وإن أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غريب وروايدان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي
كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب
التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين
في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله
تعالى عنهما ما قال إذا أقر المريض لوارثه لم يجز وإذا أقر لا جنبي جاز انتهى فتدبر (ولأن قضاء
الدين من الحوائج الأصلية) اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين
حائل بينه وبين الجنة كذا في الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة
(ولهذا تقدم حاجته) أي حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول إن كان
قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين
الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم منسبا كتحته بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الأصلية وهو
بغير المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق
هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو متحققة أو يمكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما
وأما إذا تحققا ولم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج
الأصلية لأن علة كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المدين وبين الجنة كما مر وذلك
العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لا نهما
بحولان حيث ذنبه وبين الجنة ما لم يرفع بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الأصلية
كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم
يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة ما كان التهمة حتى يكون قضاؤه من
الحوائج الأصلية (أقول) برده عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين ما لم ينسب إليه
عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني إذا المعايير لا مرد له لعدم كون الاول من
الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الأصلية
ومورد الإيراد إنما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر
المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقة
يتناول العيين والدين (الأن يصدق فيه) أي في اقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول
وأحمد وهو قول شريح وأبراهيم التيمي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في
أحد قوليه يصح) وهو قول أبي نوري والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطل إذا اتهم
كن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل أن لا يتهم أن يزيد في نصيبه ويتهم أن يزيد

لأنه اظهر حق ثابت ترجح جانب الصدق فيه (بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيافي فكأنه رقبته) فصار كالقرار
لاجنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما اذا أودع أباه ألف درهم بعناية الشهود فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها
ومات وأنكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقره (٩) خاصة لان تصرف المريض انما يرد

للتهمة ولا تهمة ههنا
الأتري انه ان كذبناه
فان وجب الضمان أيضا
في تركته لانه مات مجهولا
(ولما قوله صلى الله عليه
وسلم لا وصية لوارث ولا
اقراره بالدين) وهو نص في
الباب لكن شمس الأئمة قال
هذه الزيادة غير مشهورة
والمشهور قول ابن عمر رضي
الله عنهما وأراد به ما روى عنه
اذا أقر الرجل في مرضه
بدين لرجل غير وارث فانه
جائز وان أحاط ذلك بما له
وان أقر لوارث فهو باطل
الآن يصدق الورثة وبه
أخذ علماءنا لأن قول
الواحد من فقهاء الصحابة
عندنا مقدم على القياس

قال المصنف (لأنه اظهر
حق ثابت الخ) أقول فيه
دلالة على ان الاقرار
مظهر عنه - مدأ أيضا لاسبب
للوجوب كما يفهم من تقرير
دليله المذكور في أول
الباب ولعل فيه قولين
عن الشافعي كما عن أصحابنا
أويقدر المضاف هناك
والمعنى لا استواء بيني
ظهورهما (قوله الأتري
أنه ان كذبناه فبان وجب

لأنه اظهر حق ثابت ترجح جانب الصدق فيه و صار كالقرار لاجنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة
لوارث ولما قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين

في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليه ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي لان هذا الاقرار (اظهر
حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (ترجح جانب الصدق فيه) أي في هذا الاقرار بدلالة الحال
فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الاقرار به (و صار)
هذا الاقرار (كالقرار لاجنبي ووارث آخر) نحو أن يقر لمجهول النسب بأنه ابنه فانه يصح وان تضمن
وصول شيء من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالقرار باستهلاك وديعة معروفة
لوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحته الاب
أو مرضه بعناية الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة فان اقرار
المريض جائز والالف من تركته للابن المقره خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أن الأول نعتير
اقراره بصير كانه مات مجهولا فيجب الضمان فلا يفيد اقراره ولان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا
تهمة في المعايضة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعايضة في المسئلة المذكورة انما
هو ابداع الوارث تلك الوديعة لاستهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو
المفروض في هاتين المسئلتين في الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول
كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد
للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا الاثرى أنا اذا كذبناه فبان وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات
مجهولا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا
ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعايضة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر
سواء صدق في اقراره أم كذب لانه مات مجهولا كما هو اظهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب
العناية لم يصب أيضا في تقرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع
الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور رجح على الشافعي لانه وانما الصواب أن يذكر
مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة
كما ذكره غيره (ولما قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين) رواه الدارقطني في
سننه عن فوح بن دراج عن أبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه ووجبتنا في ذلك قوله عليه
الصلاة والسلام ألا وصية لوارث ولا اقراره بالدين الآن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما
المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط
ذلك بما له وان أقر لوارث فهو باطل الآن يصدق الورثة وبه أخذ علماءنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة
عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذلك قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف
من الصحابة فيكون إجماعا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله

(٢ - نكته سابع)
الضمان) أقول وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالاقرار باستهلاك
وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولما قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه
الدارقطني كذا قال الانقائي (قوله لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني
أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

(ولأن حق الورثة بعماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا في تخصيص البعض به) (أبطال حق الباقيين) (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقربة سبب التعلق الآن هذا التعلق لم يظهر في

(ولأن حق الورثة بعماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا في تخصيص البعض به) (أبطال حق الباقيين) (وتذكر ما أوردنا بالأقرار بوارث آخر وما أجبنابه عنه) (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) (عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالأقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمته تخصيصه) (والقربة) (تتبع عن ذلك لأن) (سبب تعلق حق الأقرباء بالمال) (وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا محض (الآن هذا التعلق لم يظهر في

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبرع الخ) (أقول منعا كليا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر قال المصنف (في تخصيص البعض به الخ) (أقول الظاهر أن يقال وفي بالواو قال المصنف) (ولأن حالة المرض الخ) (أقول عطف على قوله ولهذا الخ) (فإنه كان دليلا أنيا وهذا دليل على (قوله يورث تهمته تخصيصه) (أقول لجوار أنه أراد الإتيان بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا في تخصيص البعض به (أبطال حق الباقيين) (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقربة سبب التعلق الآن هذا التعلق لم يظهر في

عليه وسلم والاثار الذي روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنما يدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومثلنا تم بطلان إقراره بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن إفادة تمام المدعى اللهم الآن يلتزم ذلك بناء على إفادة الدليل العقلي الآتي كلية المدعى فتأمل (ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه ولهذا يمنع) (أي المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة (أصلا) (أي بالكليسة (في تخصيص البعض به) (أي في تخصيص البعض الورثة بعماله) (أبطال حق الباقيين) (أي إبطال حق باقي الورثة وهو وجودهم عليهم فيردون ذكره هنا ما ورد عليه من الأشكال بالأقرار في المرض بوارث آخر وجوابه فأننا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة أنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فإذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافا وبالمرض ترداد جهة الصدق لأن الباعث الشرعي ينضم إلى العقلي فيبعثه على الصدق قلنا لا إقرار للوارث اتصال نفع إليه من حيث الظاهر وفيه إبطال حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله وهو ممتهم فيه لجواز أنه أراد الإتيان بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقيين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لأنه غير ممتهم فيه لأنه يملك اتصال النفع إليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرفق في تحصيل المقصود به إنشاء لا يتمكن التهمة في إقراره كذا في الكفاية ومعراج الدراية (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) (عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالأقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمته تخصيصه) (والقربة) (تتبع عن ذلك لأنها) (سبب تعلق حق الأقرباء بالمال) (وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا محض (الآن هذا التعلق لم يظهر في

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبرع الخ) (أقول منعا كليا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر قال المصنف (في تخصيص البعض به الخ) (أقول الظاهر أن يقال وفي بالواو قال المصنف) (ولأن حالة المرض الخ) (أقول عطف على قوله ولهذا الخ) (فإنه كان دليلا أنيا وهذا دليل على (قوله يورث تهمته تخصيصه) (أقول لجوار أنه أراد الإتيان بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه (فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان من المما كسة معه فلا يحصل (١١) الربح (و) لهذا (لم يظهر في حق الاقرار

وارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق حق بقبية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الاقرار) قال (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله لما ينال ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما امر الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فلهذا الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم الى ان يأتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا التعلق حق بقبية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح اقراره قال (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله لما ينال ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل

حق الاجنبي) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي (لحاجته) أي لحاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (في الصحة) أي في حالة الصحة فلم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) في الصحة بناء على جواز ان يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان من المما كسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أي وكذا لم يظهر هذا التعلق (في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أي لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائج الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نفسه فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) أي تعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه (حق بقبية الورثة فاذا صدقوه) أي اذا صدق بقبية الورثة المقر الوارث (فقد أبطلوه) أي أبطلوا حقهم (فصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان تصدقه فيه بقية الورثة (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله لما ينال ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس ان لا يجوز الا في الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه) أي تصرف المريض (عليه) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا الوترع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب ان لا ينفذ الا في الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل ان يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والالزم ان لا ينفذ تصرفه في نحو من الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجز القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا ان يدعى ان كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاحتحسان أيضا دون القياس (الا انا نقول) في وجه الاحتحسان (لما صح اقراره في الثلث) لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعاً فينفذ الاقرار في الثلث الثاني (ثم وثم حتى يأتي على الكل) كذا في الايضاح وعامة المعبرات (أقول) فيه شيء وهو ان الاتيان على الكل غير متصور في الوجه المزبور اما على القول بالجزء الذي لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فأخرج

الدين محل التصرف للمريض فكما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشي محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا

(قوله كما مر) أقول في آخر الصحيفة السابقة

قال (ومن أقر لا جنبي الخ) المقر له إما أن لا يكون وارثا للمريض أو يكون وارثا لو ارثا أما مستمر أو غير مستمر وغير المستمر أما أن يكون وارثا حالة الموت لجنب أو لغيره وإما أن يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الإقرار لجنب أو لغيره وما لغيره فإما أن يكون سبب الارث مما يستند إلى وقت العلق أو لا وإما أن يكون أغنى غير المستمر وارثا في الحالين غير

(١٣)

ولدت بينهم فذلك ثمانية أوجه ففيها لم يكن أصلا صح إقراره بالاجماع وفيما كان وارثا لم يستمر الا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الإقرار دون الموت فإن كان الانتفاء لجنب كما إذا أقر لا أخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الإقرار باتفاق بين أصحابنا لأن الإرادة بالموت فإذا لم يكن عنده وارثا كان كالأجنبي وإن كان لغيره أي لغير الجنب كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث

(قوله وما لغيره) أقول أي لغير الجنب (قوله وإما أن يكون) أقول معطوف على قوله وإما أن يكون وارثا حالة الموت وهذا القول معطوف على قوله إما أن يكون وارثا حالة الإقرار (قوله كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها) أقول لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله ومن طلق زوجته في مرضه

قال (ومن أقر لا جنبي ثم قال هو إني ثبت نسبته منه وبطل إقراره فإن أقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلق فتبين أنه أقر لا بنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان الزوج فبقي إقراره لا جنبيه قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه)

منها أحدهما وبقي جزآن امتنع بعد ذلك إخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ في شيء منهما وأما على القول بإمكان القسمة إلى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فذلك لأن الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بغيره الجزء الكل لا يقال مرادهم الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة لأننا نقول حينئذ لا يتم التقريب لأن المدعى جواز الإقرار لا جنبي وإن أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق الزبور فيها لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم إلى أن يأتي على الكل وأوجب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما به ماله وليس الثلث بعد الوصية بشي محل تصرف المريض وصية وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافتقرا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر لا جنبي) في مرضه بحال (ثم قال هو إني ثبت نسبته منه) أي ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل إقراره) بالمال (فإن أقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلت لهما أيضا وقال زفر بطل الإقرار لهما أيضا لأنهما وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أي بين المستثنين (أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلق فتبين أنه أقر لا بنه فلا يصح) يعني أن النسب إذا ثبت ثبت مستندا إلى وقت العلق فتبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان الزوج) يعني أن الزوجية إذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبقي إقراره لا جنبيه) فيصح بخلاف الهبة والوصية لأن الوصية تعليل بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فلا إقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما فأثما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثلثي الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لأن سبب التهمة لم يكن هنالك فأثما وقت الإقرار انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه) أي من الزوج قال الإمام الزيلعي في شرح الكنتز هذا إذا طلقها بسؤالها وانطلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغنا ما بلغ ولا يصح الإقرار لهما لأنها وارثة إذ هو فار وقدي بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهد في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشرح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرر في الجامع والمحيط غير أنه لو لا الإقرار ففي الوضع الأول ترثه إذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه ومع هذا إذا أقر لها بدين فلها

لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها و باب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الأقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان يجب كما اذا أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لرف- باعتبار الحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح (١٣) كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا

الاقرار للوارث لا يصح وقد بين عوت الحاجب ورأته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل الزواج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا أقر لاجنبية في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره وان لم يستند كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان المستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا أقر لزوجه ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند أبي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها تراث بسبب حدث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس يستند كما اذا أقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الورثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتعدد قائم مقام الاول في تقرير صفة

لانهم ماتت مان فيه لقيام العدة و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الامر ينثبت

فصل (ومن أقر بغير غلام بولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه الأقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه (أقول) قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما صرح في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فإنه قال هناك وان طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها دين أو وصى لها بوصية قلها الأقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاختراز عما اذا طلقها بغير أمرها ثم اتى بتبعات عامة المعتمرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها يكون الحكم واحدا في الموضوعين المذكورين بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدت مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقبول المذكور رالا أنه فسر ما حيث جعلها مانا لما اذا كان المقر له وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها دين قلها الأقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم أقر لها وبينهما بون لا يخفى قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانها) أي الزوجين (متممان فيه) أي في هذا الاقرار (لقيام العدة) أشار به الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضاءها فاقراؤه لها جائز (و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله) أي فلعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها) فوقعت التهمة في اقراره (ولا تهمة في أقل الامر ينثبت) أي أقل الامر ينثبت قال علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولو أقر لآخر أنه دين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتخاص غرماء العدة به لانه أقر بما علك انشاء فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم لا يقبلان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان مات وهي منكوبة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوبة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

فصل في بيان الاقرار بالنسب **فصل** قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراد بعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن أقر بغير غلام بولد مثله) أي مثل ذلك الغلام (لمثله) أي لمثل المقر يعني هما في السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أي للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) أي أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أي فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرح حواشي فاطمة (ثبت نسبه منه)

الورثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار **فصل** ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال

(قوله) كما اذا أقر لاجنبية في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره (أقول) والاقرار لابن المحرم اذا أسلم أو عتق به الاقرار من هذا القبيل عنده على ما يجي في كتاب الوصية **فصل** ومن أقر بغير غلام

شروط أن يكون بولده مثله
لمثله كي لا يكون مكذبا في
الظاهر وأن لا يكون الولد
ثابت النسب اذ لو كان
لا يمنع ثبوته من غيره وأن
يصدق المقر في اقراره اذا
كان يعبر عن نفسه لانه
في يد نفسه بخلاف الصغير
الذي لا يعبر عن نفسه على
ما هو في باب دعوى النسب
ولا يمنع الاقرار به بسبب
المرض لان النسب من
الحوائج الاصلية وهو يلزمه
خاصة ليس فيه تحميلة على
الغير فثبت واذا ثبت كان
كل وارث المعروف فيشارك
ورثته قال (ويجوز اقرار
الرجل بالوالدين الخ) هذا
بيان ما يجوز الاقرار به
وما لا يجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد والزوجة
والمولى يعني مولى العتاقة
سواء كان أعلى أو أسفل
جائز سواء كان اقراره به مؤلا
في حالة الصحة أو المرض

(قوله لقلته) أقول هذا
وجه التأخير وأما وجه
ذكره في فصل على حدة فلم
يتعرض له لظهوره قال
المصنف (ويجوز اقرار
الرجل الخ) أقول وفيه بحث
فان الاقرار بأمومية المرأة
فيه تحميل النسب على
زوجها فينبغي أن لا يقبل
فان قيد بعدم الزوج لم يبق
فرق بينه وبين اقرارها
بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ

وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به بشرط أن يولد مثله لانه كي لا يكون مكذبا
في الظاهر وشروط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد
نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما هو من قبل ولا يمنع بالمرض
لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى)

جواب المسئلة أي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدوري
في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة
المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان
اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وشروط أن يولد مثله كي لا
يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وشروط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أي لان كون
نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه)
أي تصديق الغلام (لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في يد نفسه
يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين (أقول) ينتقض هذا
التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط في لزوم ما أقربه هناك تصديق المقر له ولكن يرد
الاقرار برده على ما تقر في صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا ان الحق له فينبغي أن
لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول)
تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق
النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أنظر الوجه وهو الحق عذري اذ لا شئ انه يترتب على
ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له في الاقرار
بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو
نفع محض للمقر له فففيه بد من التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا
يشترط تصديقه (على ما هو من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمنع
بالمرض) أي لا يمنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح
بمهر المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تمة كلام القدوري في مختصره أي ويشارك الغلام
المقر له بالبنوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد) أي بالشروط التي هي بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعبران
(أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا
والولد فاذا كانت الشروط المتبعة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على
الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى والله الموفق كذلك
في الاصل والهيطة وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط
ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعنده وأن لا تكون تحت المقر اختها ولا أربع سواها نص
عليه في الكافي والشروح (والمولى) أي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو
أسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار
بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم أن هذا الذي ذكره ههنا من صحة

لانه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى (١٥) المانع فوجب القول بجواز موهذا

الدليل كاترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف العامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كاترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحة دلالة الدليل المذكور انتهى يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام بانه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد بانفاق الروايات كما يأتي فاذا لم يجوز تصديقها بانه لم يجوز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانياً فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما ناشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن اقرار الرجل بصح باربعة نفرة بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العبد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الأصول فلما لم يجوز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للحوادث فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجزأ أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الحسن الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يتولد القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فمنبغى أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضاً اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لان سلم أن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقرب على نفسه بالانتساب اليه أيضاً وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير اقراره على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حذوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما ينشأ عنه) أنه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والافئدة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فلا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (بأن فيه) أي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بأنهم (الأن يصدقها الزوج)

لانه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما ينشأ عنه (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الأن يصدقها الزوج) اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف العامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كاترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحة دلالة الدليل المذكور انتهى يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام بانه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد بانفاق الروايات كما يأتي فاذا لم يجوز تصديقها بانه لم يجوز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانياً فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما ناشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن اقرار الرجل بصح باربعة نفرة بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العبد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الأصول فلما لم يجوز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للحوادث فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجزأ أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الحسن الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يتولد القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فمنبغى أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضاً اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لان سلم أن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقرب على نفسه بالانتساب اليه أيضاً وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير اقراره على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حذوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما ينشأ عنه) أنه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والافئدة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فلا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (بأن فيه) أي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بأنهم (الأن يصدقها الزوج)

(قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تأمل فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة وان قيد بعدم الزوج فاقصر اقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فارجح قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق

لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلية) لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء

لان الحق له أو تشهد القابلة بالولادة اذ الفرض ان الفرائش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق (قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها به - ولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها (ولا بد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقهما خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها

استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد (لان الحق له) أي للزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلية) أي أو الا أن تشهد قابلية بولادته أي بتوليد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها اياه في هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلة في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) اذ الفرض أن الفرائش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فان بعد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو انفاه الزوج بلا عن لان النسب يثبت بالفرائش القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلية بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أي حنفية رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها به لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراؤه مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لا معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع أن الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه في تركه أبيه على ما سبأني في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلا أن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لا بأنهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بسلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد وجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أي ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقرير الصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلاً فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان بعد سائر الورثة ذلك ويرث من أبي المقر وهو جده المقر له وان كان الجدي بعد بنوته لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به بغيره ظهر انه في موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر بأخ وله ورثة سواه يجعدون اخوته فبات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني صحة رجوع المقر عما أقر في حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسأن بعد الاقرار بأخ كان ماله كله للموصي له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركه المقر عند عدم المراهم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال وباعتبار أن اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته الى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف (ولا بد من تصديق هؤلاء) أي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يبر عن نفسه

ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر لانه مما يبق بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعدموت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ألا ترى أنها (١٧) تغسله بعد الموت لقيام النكاح

وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكام النكاح وهو مما يبق بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانهم معدومة حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارهما فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كناية فلم يعتبر قائما باعتباره

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف

ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر لان النسب يبق بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعدموتها لان الارث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

أو عبده فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغيرة يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين (ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر) يعني أن المقر به بالنسب اذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا اذا صدق بعدموته (لان النسب يبق بعد الموت) فيصح تصديق المقر به بالنسب بعدموت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها قال تاج الشريعة ولا يشك هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل أما الايجاب ثمة فليس يتم لان القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أي وكذا يصح تصديق الزوجية زوجها في الاقرار بالزوجية بعدموت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ألا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعدموتها) أي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعدموتها في الاقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من أحكامه) أي من أحكام النكاح وهو مما يبق بعد الموت كالعدة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رجما الله (وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعدموتها (لان النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعدموتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبي حنيفة تقر به سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعدموتها لا يصح نظر الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعدموتها نظر الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه) أي لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أي حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما ثبت) أي الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلانه لم يقل أحدا بأن التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق وأما ثانيا فـ لان ذلك ينتمض عما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجري أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح وأما ثالثا فلانه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجرى بان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانهم معدومة حالة الاقرار

(٣ - تكمله سابق) فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعلة أراد به مثل حرمه التزوج بزوجة آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلزمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب) لان فيه حمل النسب على الغير

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر بأخ أو عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير

وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارها فكذلك المقر به وأما الارث فلا يس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتبارها انتهى كلامه (أقول) جوابه ليس تمام لان العدة أيضا لا يلزم للموت عن نكاح عند أي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذي أو تكون حرة خرجت اليها مسلمة أو ذمية أو مسلمة ثم أسلمت أو صارت ذمية فانه لا علة عليها في هذه الصور عند أي حنيفة رحمه الله اذ لم تكن حاملا كما تقر في محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول أي حنيفة فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند الى حالة الاقرار وفي تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فحقى صحتنا الاقرار صحتنا لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير الى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه الى ههنا كلامه (أقول) نعم اشير الى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فلم يكن ذلك لا يجدي نفعا اذ الكلام في المعتدة بالموت وان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت أيضا فمنع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فله أن أراد به مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسله فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلزمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ما ذكره من مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسله ليس بحكم مستند لنقل النكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالقصة فاذا أصبح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فلا إشكال باق فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فبات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مثلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء لملك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فأما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلاف عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق علمه بالنكاح بقوت دعواه فيبقى تصديقه بها بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ كذا في الاسرار والايضاح وغيرهما (قال) أي القدر الذي في مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلبي (نحو الاخ والعم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا في الكافي (لا يقبل اقراره في النسب) وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كذا ذكر في التحفة وغيرها (لان فيه) أي في هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذا المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن أبي المقر لا يكون أمه وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذا المقر له لا يكون ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذا المقر له لا يكون جده المقر ما لم يثبت

(فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يراحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لا يخرج جميع ماله كان لاوصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشترى كانه نصفين لكنه عزله حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر ورثته ثم أوصى بماله كله لانسان كان ماله لاوصى له ولو لم يوص له لا أحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه في الارث)

أبوه من أبيه (فان كان له) أي للمقر بنحو ما ذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب الفروض والعصبات (أو بعيد) كذوي الارحام (فهو) أي الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقر له) حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالارث للعممة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبه) أي نسب المقر له (منه) أي من المقر (لا يراحم الوارث المعروف) قال في النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في محزمه لان هذا نتيجة ذلك فصوره ذلك أن الرجل إذا أقر في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو باني ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى مولاة فالميراث للعممة والخالة أو المولى ولا شيء للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أي للمقر (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في الأول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه) أي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك به (فستحق) المقر له (جميع المال وان لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أي في الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أي هذه الصورة أو القضية بعني الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لا يخرج جميع ماله كان لاوصى له ثلث جميع المال ولو كان الأول) يعني الاقرار بالأخ (وصية لاشترى) أي الاخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أي لكن الاقرار المذكور (بعزله) أي بعزله الوصية بتأويل الابناء ولعمري أن المصنف يفرط في المساهلة في أمر التمدد كبير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفاً الى الاقرار بالبنطة هذه وأرجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر (حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر ورثته ثم أوصى بماله كله لانسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعاً (للموصى له ولو لم يوص لا أحد كان) ماله (لبيت المال لان رجوعه) أي رجوع المقر المزبور (صحيح) يعني أن انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح عزله الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغي لنا أن نعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لانه النسب لم يثبت لكونه تمجيلاً على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته (قال) أي القدوري في مختصره (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه في الارث) أي يشارك المقر له بالاخوة المقر في الارث من أبيه وبه قال مالك وأحدوا كثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب

وأما في الارث فاما أن يكون له وارث معروف قريباً كان كذوي الفروض والعصبات مطلقاً أو بعيداً كذوي الارحام أو لا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يراحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه لم يثبت نسبه (منه) أي من المقر له (بشيين بالنسب وباستحقاق ماله بعده) والاول اقراره على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له وبشيء كلامه لا يحتاج الى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبي حنيفة وان كان المقر أحد ابنتين لم يثبت النسب أيضاً والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل

لان اقراره تضمن شيئين جل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق
العتق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين
لاشيء للقر وللاخر) (خرجهون)

(لان اقراره تضمن شيئين
جل النسب على الغير
والاشتراك في ماله ولا ولاية
في الاول فلم يثبت وله ذلك
في الثاني فيثبت) قال أبو
حنيفة اذا أقر أحد الابنين
بأخ ثالث وكذبه أخوه
المعروف فيه أعطاه المقر
نصف ما في يده وقال ابن أبي
ليلى يعطيه ثلث ما في يده
لان المقر أقر له بثلث شائع
في النصفين فنصف في حصته
وبطل في حصه الآخر
ولا يـ حنيفة ان زعم المقر
أنه يساويه في الاستحقاق
والمنكر ظالم فيجعل ما في يد
المنكر كالهالك ويكون
الباقى بينهما بالسوية قال
(ومن مات وترك ابنين الخ)
ومن مات وترك ابنين وله
على آخر مائة درهم فأقر
أحدهما أن أباه قبض منها
خمسين لاشيء للقر وللاخر
خمسون بناء على ما ذكرنا من
الاقرار على نفسه وعلى غيره
وهو الاخ والميت فيصح
على نفسه ولا يصح عليهما
ثم يحلف الاخ بالله ما بعلم
أن أباه قبض منه المائة
ويقبض الخمسين من الغريم

وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف في تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما
(جل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للمقر (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشتراك
في المال وله فيه ولاية) لانه اقراره على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع
(كالمشتري اذا أقر على البائع بالعتق) أي يعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل اقراره) في حق
الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن
(ولكنه يقبل) اقراره (في حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق
ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك
وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص
مات أبوه أخ معه معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر له ما في يده عندنا
وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان
في حصه أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه
فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بالإنكار فيجعل
ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما
تأخذ خمسة ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقر بين عندنا وأخماسا
وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة
صحبة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يامل لو ثبت ما أقر به ولو أقر أحد الابنين المعروفين
بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت ثمن ما في يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى لهما عن
ما في يده لان في زعم المقر أن للمرأة ثمن ما في يدي الابنين إلا أن اقراره صح فيما يد نفسه ولا يصح في حق
صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيه ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر أن التركة بينهم على ستة
عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمه ما صار ذلك
كالهالك فيقسم النصف الذي في يده المقر بينه وبينه على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة
على تسعة أسهم فتضرب في بقدر حقهما وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم
كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد
وأنما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يجوز
الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي
في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو
الاخوة اقرار على غيره لما فيه من جل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف
ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد
رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أي ولليت (على آخر مائة درهم فأقر
أحدهما) أي أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أي من المائة (خمسين) درهمها (لاشيء للمقر) أي لاشيء
من المائة لابن المقر (وللاخر) أي وللابن الآخر (خمسون) منها يعني كان لابن الآخر

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما امر ان الديون تقضى بأمثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة فان كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه (٣١) كما هو المذهب عندنا خلافا

لابن أبي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض حسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجع لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر ان ما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ما كان المرجع للمقر لو رجع يعني ان المرجع هو ان اعتبر زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لان المرجع المقر على القابض بشئ يرجع القابض على الغريم لزمه ان يأبى المقدم على الميت بوجوب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قبل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ما كان المرجع للمقر لو رجع القابض بشئ يرجع القابض على الغريم ويرجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور أن يأخذ الجسور من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما امر أن الديون تقضى بأمثالها فيجب للدين على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلتحقان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احتراز عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الداراة وما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن واسحق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض حسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لاني حق الغير فيكون في المحذور لزوم ذلك على زعم الاخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالأظهر عندى في الجواب أن يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع وبثبوته ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصد الاضمان فامل قال المصنف (غاية الامر انهما) أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فإدراك ذلك مشترك كما وما بقي يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما حصد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فيتبع أن يكون ذلك بينهما انصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة إذ (لو رجع على القابض بشئ يرجع القابض على الغريم) به وذلك لزمه أن يأبى المقدم على الميت بوجوب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قبل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم

وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع تمام حقه ويرجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور

(قوله على ما مر) أقول في آخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أي نصيب المقر

واقائل أن يقول اذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب اتمام حقه والله أعلم

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الاقرار (٢٢) فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف الخصامة وفي اصطلاح الفقهاء

كتاب الصلح

المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجع لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى انصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أوجب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريري السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره محتمل أما تقريري السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا أساس له بكلام المصنف ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك والعجب ان صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا في أثناء تقريري السؤال وفرغ على تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى أن في نفس هذا التقرير تعارض وتناقض وأما تقريري الجواب فلان المفهوم من قوله يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر وليس كذلك بل لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لأن رجوع الغريم على المقر بالاثرة انما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين وانما بقي عليه الخمسون المقبوض وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشئ بل يلزمه أن يعطى المقر أيضا مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور وتدبر تنقف ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول اذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب اتمام حقه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أولا ان كان بتماحه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه في المائة برائد على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض أولا بتماحه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق في الجواب أن يقال لان سلم انه اذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان في زعمه انه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أولا مشتركا بينهما كما تقررنه مجوزا أن يكون من زعم المنكر ذلك ان أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه في المائة باقراره بأن أباه قبض منها الخمسين

كتاب الصلح

قدم مناسبة الصلح بالاقرار في أول كتاب الاقرار والصلح في اللغة اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف

عقد وضع لرفع المناصبه وسببه تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه في التفسير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسبب باقي تفصيل له وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعي عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لانه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغريم لا يتم البيع ما لم يقبل الطالب قبلت وحكمه تلك المدعي المصالح عليه منكر كان الخصم أمقرا أو وقوعه للمدعي عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التملك والبرائة في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البرائة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أولا وأنواعه بحسب أحوال المدعي عليه ما هو المذكور في الكتاب

الخصامة

وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله في اقراره ظالم) أقول فيه شئ فافهم الما تصادقا على كون المقبوض مشتركا لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهرا (قوله لان المظلوم لا يظلم غيره) أقول الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوما اذا رجع عليه في زعمه وهذا هو مراد الشارح

كتاب الصلح

الخاصة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فعناه دال على حسنه الذاني وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كافي سائر المعاملات وركنه الإيجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذ من النهاية وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعي عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فلأنه سيأتي في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالأجارات وإذا وقع عن سكوت أو إنكار كان في حق المدعي عليه لاقتداء اليقين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فإذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو إنكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت لأن كونه إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو إنكار إنما هو في حق المدعي وأما في حق المدعي عليه فأنما هو لاقتداء اليقين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضا حتى يتحقق الاقتداء وتنقطع الخصومة وأما ثانيا فلأنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصول على قطعة منها وألحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا على ما سيجي في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضا بقول المدعي قبلت بدور قبول المدعي عليه لكونه إسقاطا للدعوى بعض الحق بمنسل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثا فلأن قوله لأنه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنية الإيجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان المالا بمال فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ولا أنواعه شروط أخرى سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية أخذ من النهاية وحكمه تلك المدعي المصالح عليه منكر كان الخصم أو مقر أو وقوعه للمدعي عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة في غيره إن كان مقرا وإن كان منكرا فخكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أولا انتهى (أقول) فيه كلام وهو أن المصالح عليه أيضا قد يكون مما لا يحتمل التملك كترك الدعوى فانهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعي عليه حقا في أرض بيد المدعي فاصطالحا على ترك الدعوى فانه جائز جعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تلك المدعي عليه أياه وبراءة عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قسمها واحد هو تلك المدعي أياه مع جريان احتمال التملك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخفى عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بأن كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على السامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما يبدل آخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر إلى الذي اليد ومصالحا عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التملك قطعا قلنا فإذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطالحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين إذ لا شك أنه كان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التملك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الأنواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى امان يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فانه باطلا فانه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان العهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر اللفظ لئلا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال ان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا (٣٤) في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه

بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذرا لان الصلح بعد البين وصلح المودع وصلح من ادعى قد فاعلى آخر وصلح من ادعى على امرأة تنكحها فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لم يمنع لا يستلزم تركه عند عدمه (ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الاصلحا - حل حراما أو حرم حللا)

(قوله لانه سقط بقولنا مجيبا) أقول فيه بحث اذ لا يكون الحصر حينئذ ضروريا قال المصنف (لاطلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف وتعمام الآية وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير (قوله أجيب

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لا طلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الاصلحا - حل حراما أو حرم حللا

فذلك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاسترواق مع أنه يملك ههنا المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طردا وعكسا فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية الحصر على هذه الأنواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى امان يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى (أقول) يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى امان يسكت أو يتكلم مجيبا اذ يخرج صورة التسكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله امان يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو - دم التسكلم أصلا فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله امان يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن اعماء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز لاطلاق الخ) نسأله المصنف ههنا في التعبير حيث قال لا طلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليه أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا طلاق قوله الا أنه - م كثيرا ما ينسأحون في العبارة في أمثال ههنا على ظهور المراد وتنبيه على فائدة تنبيه ههنا تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشئ في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الخاصة في العقل على ما حققه الفاضل الشربف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لا طلاق قوله تعالى أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف انتهى (أقول) ليس هذا بعيد أما أولا فلان إضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى أنهم أولوا

مثل أقول أنت خير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بأن اللام (قوله وانه ذكر للتعليل) أقول فيه بحث لانه لو كان تعليلا لأبدل الفاء بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي وان أراد ان الحكم على الصلح الكائن في الحال يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه (قوله فانكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيحى عن قريب

مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فبما معنى
 حمل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانياً فلأن الصفة في لقوله المطلق هو المطلق لا الإطلاق والكلام
 في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيئاً بل لابد من المصير إلى المسامحة
 كما ذكرنا وقال صاحب العناية فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح
 عليهم ما أن يصلحوا بينهم ما صلحوا والصلح خير فكان العهد أحجب بأن الاعتبار هو اللفظ لا الخدم وصر
 السبب وبأنه ذكر للتعليل أي لا جناح عليهم ما أن يصلحوا لأن الصلح خير فكان عاماً ولأنه وقع قوله تعالى أن
 يصلحوا في سياق الشرط فكان مستقبلاً وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى
 (أقول) إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليس بتمامين أما الأول فلأن كون الاعتبار
 لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل
 اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فإنه حينئذ يصير خاصاً وانما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه
 وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله والصلح خير كان في الحال أن التكلم
 بهذا الكلام والاختبار بهذا الخبر كان في الحال أي في حال ورود الآية به الكبرية فلم يكن هذا إلا نافي
 أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غداً خير فلا شك أن تكلمك
 بهذا الكلام واختبارك به كائن في الحال وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم
 يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع فالجواب
 من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المصدق كور في الكافي وفي سائر الشروح أخذ من الأسرار
 ووجه كون الصلح عاماً في قوله تعالى والصلح خير على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تقتضي جعل الحكم
 الذي عمل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو الأقرب بالمناسبات لقواعد الأصول وأما
 النقر بالمطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجاً عن جرح الكبرى من الشكل الأول كأنه
 قيل فإن هذا صلح والصلح خير وكية الكبرى شرط لانتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان واعتراض
 بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضاً حيث قال فيه بحث لأنه لو كان تعميلاً لا بدل القائلين وانتهى
 (أقول) ليس هذا بشئ لأن ذلك الإبدال انما يلزم لو كان تعميلاً من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل
 من حيث المعنى وعن هذا قالوا إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوه لأن
 الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على أن قوله تعالى
 والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والفاء
 إذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال ههنا أصلاً تدبر ثم
 قال صاحب العناية فإن قيل سلمناه بمعنى الإطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه إلى الكل متعذر
 لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى فذاعلى آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت
 لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار أحجب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع
 لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت
 لا يجوز أنه خبط أذهو مخالف لصرح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سبأ وهو أنه
 إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جازف كأنه في معنى
 الخلع ثم أقول توجيهه أن عدم الجواز رواية في هذه المسئلة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال
 المزبور عما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية أجابوا
 عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع

وقال الشافعي (لا يجوز مع انكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول ما رويناه) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين (٣٦) (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجرأ وحرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة)

لا يبطأ الضرة) أو أن لا يتسرى والحل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فيأخذ على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعى قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول ما رويناه) أقول وههنا تكرار وكان الاولى أن لا يذكر ذنبك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجرأ وحرم حلالاً لعينه كالصلح الخ) أقول وحله على هذا أحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والمحل المطلق ما هو حلال لعينه كذا في الكافي ثم قال وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فيأخذ على

وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما رويناه وهذا به هذه الصفة لأن البديل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخر فذهب في ذلك الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذه رشوة ولنا ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجرأ وحرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للنوع وأما صاحب غاية البيان فتعرض له مامعاً حتى قال في الجواب ههنا على أن نأمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصالح على مال لأنه يجوز وبه صرح القدروري في مختصره وسيجي ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدروري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الانكار بقولهم إذا ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت فصالح على مال لا يجوز ولزم صحت تلك المسئلة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما رويناه الخ) قلت كان الاظهر ان يقال لا نخر ما رويناه لأن أوله حجة عليه لاله (قوله ولنا ما تلونا وأول ما رويناه الخ) كرد كرهماً كما كيدوا وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ والالكتي ههنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانها (أقول) بقي ههنا اشكال في قوله وأول ما رويناه وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلاً لتامع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله وقد تقررت في علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما رويناه لخالص الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره فالدليل بمجموع الحديث على هذه التأويل ولكن الانصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كما ينبغي عليه فالاولى أن تطرح من البين (قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجرأ وحرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة) وحله على هذا أحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والمحل المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فيأخذ على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذ قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل إذ لا معنى لقوله لأنه لو حل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الكلام في حل آخر الحديث

على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذ قبل الصلح وحرم بالصلح أو كان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو حل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعني لكان كالصلح على غير الاقرار في البطلان على زعم الخصم (قوله لأن الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق) أقول هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالبراءة عن دعوى الباقي كما سيجي

(ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود مقتضى وانتفاء المانع لان المانع اما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخذ وليس شئ منهما موجود أما الثاني (فلا أن المدعى يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلا أن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا (٢٧) مشروع اذا المال وقاية الانفس ودفع

الظلم عن نفسه بالرشوة (أمري جائز) لا يقال لان سلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرشئ وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز لا بدافع ونعامة في أحكام القسرا أن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر ونصالحا على دنائره مسماة ثم افتقر فاقبل القبض ينبى أن يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للعاوضة ومع هذا لا يجوز أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعى ان في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدناير والقبض شرط فيه في المجلس قال (فان وقع الصلح عن اقرار الخ) اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة

ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذا المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمري جائز قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما

على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذا لفرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لعينه والحلال لعينه أيضا فخذار التأويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال وأطلاقه دون لفظ الصلح فالحق في التقرير أن يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينه ما ولا غير عينه مال كان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بأن قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذا لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجي ما انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذا لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلا غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضا ان الجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يز يددرهما في بدل الصلح وسبأني كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليمه ما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين أيضا (قوله) ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمري جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه ائمتنا من جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الثمراحي لا يقال لان سلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرشئ عام لاننا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز لا بدافع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان الاعتبار هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومته انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تتبع المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شئ ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله) فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطته يعرف بها انه على أي عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطه بتامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما اذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة

المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه أن الاعتبار هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومته

فجبري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وينفسد جهالة المصالح عليه لانها تنفضى الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسليم مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى واصطالحا على ترك الدعوى جاز وان احتج اليه وقد اصطالحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما ادعاه لم يجز وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه الى التسليم كالأدعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطالحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليس المدعى عليه (٣٨)

(فجبري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط وينفسد جهالة البديل) لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البديل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تملك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين (وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهرا وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك

الى المدعى ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطالحا في هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسليم هي المنسدة فلا يجب فيه التسليم والتسليم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البديل شرط لكونه في معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تملك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز

عبد شهرا أو على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الا في مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقدا لاجارة وكذا يتبع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جنابة العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سياتي في الكتاب مع انه ليس بذكره أيضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الطلع وليس شيء منهما بداخل أيضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذلك الصور ههنا ما ذكر في الفصل الا في عن قريب لانا نقول قد ذكر هناك ما ذكره ههنا أيضا بأن قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى وأما فيما اذا وقع على نفسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وأبراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به الى ما ذكره بقوله لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى الى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه في حق

فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كقالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعى يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها أجب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحبل في حق امرأته والتحرير المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لاقتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الانكار ظاهرا وأما في السكوت فلا نه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك) مع ان حله على الانكار أولى لان فيه دعوى تفرغ الذمة وهو الاصل

قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أي المدعي عليه ليستفي الدار على ملكه لانه يشترى بها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمريء يأخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه فصار كانه قال اشترى بها من المدعي وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه) على المدعي (حصصة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك وانكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعي عليه ورد العوض لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه فيسترده كما كفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونفوض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعي عليه بما دفع مع انه يظهر الاستحقاق تين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع (٢٩) الخصومة وأجيب بأن المدعي عليه

مضطرب في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك لا تنفاه الخصومة فيرجع وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أي في أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعي عليه في كون البعض المستحق في يده وأما رد الحصصة

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال لدفع الخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض) لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين

المدعي ليس معنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور أن يعاوض انسان

فلما لو العوض في هذا القدر عن غرض المدعي عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما ترك الدعوى ليس له بدل الصلح ولم يسلم فيه رجع بمبدله كما في البيع (وان استحق بعضه رجع بحصته) اعتبارا للبعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجز لفظ البيع في الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عيبه وقال بعثت هذا العبد بهذه الدار ثم استحققت هذه الدار فان المدعي يرجع على المدعي عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعي عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذا الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعي (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى

(قوله لانه يأخذها الى قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها) (قوله فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه) أقول يعني يبقى العوض في يد المدعي (قوله فلا يسترده) أقول أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحققت فان المدعي يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذا ضمير المستقر فيه راجع الى العبد

قال (وان ادعى حقاً في دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيد لها (ولو ادعى داراً فاصالح على قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي والبراءة عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء ود كشيخ الاسلام أنه لا تسمع دعواه ود كصاحب النهاية أنه ظاهر الرواية ووجهه أن البراءة لا في عينها ودعوى والبراءة عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعاً وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها (٣٠) لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له

ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بطله عيناً أو منفعة قال المصنف (والوجه فيه) أي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (أحد) أمرين ان يزيد درهماً في بدل الصلح ليصير عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) مثل أن يقول برئت من دعوى في هذه الدار فإنه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينته لم تقبل وفي ذلك كلفظ البراءة دون البراءة إشارة الى أنه لو قال أبرأتك عن دعوى أو خصومتى في هذه الدار كان باطلاً وله أن يخصمه فيها بعد ذلك والفرق بينهما أن أبرأتك انما يكون ابراءاً من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله أبرأتك عن خصومتى

قال (وان ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصول من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيأ من العوض لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعبرى العوض عنه بذلك عن شيء يتأمله فيرجع بأكمله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى داراً فاصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه أحد أمرين اما أن يزيد درهماً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

(فصل) (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه في معنى البيع على ما مر

ملك نفسه بل هو في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضاً (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعوى في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينته لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار فهذا واما مثاله باطل وله أن يخصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك فان في قوله أبرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبداً في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئاً منه ولو قال أبرأتك من نفسه كان له أن يدعيه وانما أبرأه من ضمانه كذا في الذخيرة الى ههنا كلامه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلا نبيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للشروح وهو قول المصنف أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والأصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء بعض الحق واسقاط البعض الباقي كافي الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للشروح انما هو قوله برئت من دعوى في هذه الدار وأما ثانياً فلا لأن قوله فان في قوله أبرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى انما يتمشى في قوله أبرأتك عن هذه الدار لا في قوله أبرأتك عن خصومتى لان البراءة من الخصومة هو البراءة من الدعوى وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار باطل أيضاً بخلاف ما قالوا في عبدي يدرج في المذكور هناك في جانب البراءة انما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير تبصر

(فصل) لما فرغ من مقدمات الصلح وشرايطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا اللفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لانه في معنى البيع على ما مر) أقول ههنا شئ وهو أن قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال

في هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه مطلقاً فيكون مطابقاً

هو بريئاً ويعلم من هذا التعليل أن قول صاحب الذخيرة وله أن يخصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر والله أعلم

(فصل) لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرايطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قال (والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حله على أقرب العدة وداليه وأشبهها به احتمالاً لا تصح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال عمال كان في معنى البيع كما مر

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول الناقل هو الاتقاني عن الواقعات الحامية

(فصل) والصلح جائز قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع) أقول يعني اذا لم يكن بالمنافع والآفة ومعنى الاجارة

وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الوارث عن شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصالح

قال المصنف (قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصالح) أقول قال العلامة الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبده آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهر افه وجائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تعليق المنفعة من أحد يبدل ولهذا الواجب من منهم لا يصح (٣١) الا أنا نقول بأن هذا ليس بتعليك اياهم

ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظ الصلح لفظ يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه اسقاطاً فصالحه اسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز على خدمة عبده آخر فلو كان هذا تملكاً لكان باطلاً لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصـ غير لانه تصرف نافع في حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ماصالحه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقدم بالموت لان حقه في منفعته مادام حياً وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى قال العلامة النسفي في الكافي والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجده أو أقرب به فصالحه

قال (والمنافع) لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصالح مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان أجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه في معنى البيع على ما مر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصير من المقيد بالضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوماً فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك عما كان عن مال بمال فانه أيضاً كان معلوماً فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الاموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدرى قال المصنف في تعليقه (لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصالح) أقول لاقائل أن يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا بحيث قال وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبده آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهر افه وجائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تعليق المنفعة من أحد يبدل ولهذا الواجب من منهم لا يصح الا أنا نقول لان هذا ليس بتعليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظ الصلح يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه اسقاطاً فصالحه اسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تعليق المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصالح ثم أقول يمكن أن يقال ان الوصى له وان لم يقدر على تعليق المنفعة الموصى بها حقيقة الا انه يقدر على تعليقها حكماً من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل وقد اشار اليه الامام الاسييجاني بقوله وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم فعني تعليل المصنف أن جنس المنافع تملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا أجر ملكه فكذا يملك حكماً بالصالح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشخين قال الامام النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجده أو أقرب به فصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصالح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر وانت خير بما بين مانع من الاسييجاني والكافي

الوارث على شيء جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصالح انتهى وانت خير بما بين مانع من الاسييجاني والكافي من المخالفة وامل في جواز الاجارة وابتين فليتأمل ثم اعلم ان ظاهر ما ذكره الاتقاني من قوله الا أنا نقول بأن هذا ليس بتعليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه المخالف لما ذكر في الهداية كالايجنى وفي مبسوط الامام شمس الأئمة السرخسي ولو ان الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لان الشراء لفظ خاص وضع لملك مال بمال والموصى له بالخدمة لا يملك تعليق الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والاجارة فكذلك لا يملك تعليقها من الوارث بخلاف لفظ الصلح الذي لا يرى ان المدعى عليه بعد الانكار لو صالح المدعى على شيء لم يصربه مقر حتى اذا استحق عاد الى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى صامقراًه بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعى انتهى

واذا صالح عن جنابة العمد أو الخطاصح أما الاول فلقوله تعالى فمن عني له من أخيه شيء ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فلولي القتل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف أي على مجاملة وحسن معاملة واداء أي وعلى المصالح اداء ذلك إلى ولي القتل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز صلح عن جنابة القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتل أولياء فعني بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القتال بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه واداء إليه باحسان أي وليؤد القتال إلى غير العافي حقه وأقرب ما قص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس إنها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث أن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث أن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي (٣٣)

والاصل فيه أن الصلح يجب حله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتمالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جنابة العمد والخطا) أما الاول فلقوله تعالى فمن عني له من أخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما أنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم

وإذا كان في معناه فاصح أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صلح على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صلح على ذلك أبدام يجوز لانه لم يصلح صداقا لجهالة العبد فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحیح وان لم يصلح صداقا وأنه اذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكون العفو

من المخالفة ولعل في جواز الاجارة رواية تليق تأمل انتهى (أقول) المخالفة بينهما في الفهم لافي المفهوم لان مراد صاحب النكاح هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر مملوكه فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار مثلا وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن ما ذكره الامام الاسيبغاني في شرح الكافي من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صلح على خدمة عبد آخر يجوز أيضا وكذلك لو صلح على ركوب دابة شهرا أو لبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المتبعة فان مدلولها ما جاز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين من حيث جوز فهم ماصالحه الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المتعبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنس مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به

الاجارات فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن أي لكن اذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية مالم يس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لان الولي ماضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا تحمله العاقلة وجوبه بعقده

(قوله فمن أعطى له الخ) أقول من حينئذ كناية عن الولي (قوله فمن عني عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم إلى قوله وان لم يصلح صداقا) أقول لكن قال في المحيط اذا صلح على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهورا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهورا في النكاح وينصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية

وان كان الثاني كالمصالح على خرفائه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سمي ولو سكت لبقى العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر النحر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل النحر (لانه الموجب الاصل) في النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا ما فرغنا عليهم في أزواجهم وموضعه أصول النكاح وتحقيقه ان المهر من ضروراته عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كالولم يسم مهر او لم يسم مهر او لم يسم مهر او لم يسم مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فانه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفواً من له الحق فصم ان وجوبه ليس (٣٣) من ضروراته (وبدخل في اطلاق

جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جنابة العمد (الجنابة في النفس وما دونها وهذا) أي الصلح عن جنابة العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق أن يملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك) فأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت) وقد بقوله حق الشفعة على مال احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بخصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة

ولو صالح على خرفائه لا يجب شيء لانه لا يجب بطلاق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصل ويصح مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنابة في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك أما القصاص فلك المحل في حق الفاعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة لا يتبين على ما عرف في موضعه

الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس وان كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزاغة على الزاغة فلا يجوز لانه لا يجوز استتجار المنفعة بمنزلة ما كذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استتجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب حله على أقرب العفو دليلا وأشبهها به احتيالا لتصح تصرف العاقل ما أمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكان حل من له على شيء من العفو غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جنابة العمد من الجانبين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال) قال الشراح في شرح قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا أي لا يقال كل ما يصلح بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملزم لان الصلح عن دم العمد على أقسل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة صدقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاصه على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تتغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيمكن في يكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صح أن يكون بدل الصلح في جنابة العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جنابة العمد في صورته ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاصه على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تقريرا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبدة سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صدقا

(٥ - تكمله سابع) لكن لا تبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس

بمنزلة حق الشفعة) يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص وبه يفتي لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بموضع لم يسقط مجانا

(قوله والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفواً من له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

(وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا والاول اما أن يكون منفردا أو منضمّا إلى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذکور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدّر شرعا والمقدّر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بعمال (٣٤) فكان الواجب أن لا يقابل به مال ولكنه أشبه النكاح في تقومه بالهقد فجاز بأي مقدار

تراضيا عليه كالسمية في النكاح وأن كان منضمّا إلى العمد كان كما اذا قيل عمدا وآخر خطأ ثم صلح أولياءه ما على أكثر من دتين فالصلح جائز ولا صاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه رجل مائة دينار ولا آخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صلح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الأبل ثم صلح أولياء القبيل على أكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الأبل) وخرج غيره من أن يكون واجبا بمبدأ الفعل (فكان ما يعطى عوضا عن الواجب) فكان صحها (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيهما على

وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدّر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بعمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صلح على أحد مقادير الدية اما اذا صلح على غير ذلك جاز لانه مبادلة لهم الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدين ولو قضى القاضي بأحد مقاديرهما فالصلح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على مائتين قال (ولا يجوز عن دعوى أحد) لانه حق الله تعالى لاحقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولها لانه حق الولد لاحقها وكذا لا يجوز الصلح عما أسرع الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في فكذا بدلا في الصلح ولو صلح على ذلك أبدا أو على ما في بطن أمته أو على غلته فخله سنين معاومة لم يجز لانه لم يصلح صدقا فكذا بدلا في الصلح انتهى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صدقا فكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بأن العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكرنا ينبغي على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لثبوت صدقها فان جهالة نفسه قد يفسد الصلح فيما احتيج فيه إلى التسليم والتسليم كما تقره فيما مر وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صلح على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس شرع المسائل ان ما صلح مهورا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهورا في النكاح ويصرف مطلقا الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية بصرار إلى الدية الى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية بصرار إلى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقا الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهورا في النكاح وهذا أمر لا ستره به (قوله وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح اذا كان على جنس ما استحققه المدعي على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسبب أن ذلك في الكتاب أيضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى أن الصلح عن جناية الخطأ اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضى القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى بأحد مقاديرها بعينه كان

بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا من قال (ولا يجوز عن دعوى أحد) الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن (قوله بل القصاص ليس بعمال) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثاني كما اذا صلح على مكيل الخ) أقول هو معطوف على ما سبق في ثمانية أسطر تخمينية او هو قوله والاول اما الخ قال المصنف (وكذا لا يجوز الصلح عما أسرع الى طريق العامة) أقول قال العلامة النسفي في الكافي بخلاف ما لو كان الى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوكة لاهلها انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفي الكافي بدل قوله لانه حق العامة لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قبل بغير النافذة

كم يرفعه الى الحالف فصالحه المأخوذ على مال لترك ذلك فالصالح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الخد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيها وبنيها انه ابنه منها وبجهد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها او بانته منه وضدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا أشعر رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفرادوا - منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جازا الصلح لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقيين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم (٣٥) لترك الظلة جازا اذا كان في ذلك صلاح المسلمين ويضعها

في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا الوباغ شيامن بيت المال صم (وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المذهب فيه حق الشرع) وله - فلا يجوز زعموه ولا يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شها واذا اجحدت النكاح فصالحته على مال بذاته يمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلال المال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان أقام على الزوج يئنه بعد الصلح لم تقبل لان

اطلاق الجواب - د القذف لان المذهب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذاته - حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلال المال لدفع الخصومة قالوا ولا يجوز له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجوز وجهه الاول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح

من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعهما على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح و صلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة يبدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا بد له من شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح (أقول) لما منع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم منها أصل المهر اذ لو لا هذه الفرقة لازمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمنها تلك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز

ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلم به بطيب عن نفسه فيكون غليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجوز وجه الاول أن يجعل كأن الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة

(قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل طريق غير نافذ (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول فبسه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقد ذلك على رأى من قال لا ينقض القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أي رشوة محضنة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فأقرب العقود اليه شيها العتق على مال فيجعل بمنزلة لا مكان
تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلته ما ليس بمال كالتكاح والديات ولهذا
لا يصح السلم في الحيوان (و) محمل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجازا لانه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا
أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لانه صالحه بعد كونه عبداً فكان صالحه بمنزلة الاعتراف على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون
له رجلاً عمداً فصالح عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أو لا (وان قتل عبداً له) أي للعبد المأذون له (رجلاً عمداً فصالح عنه جاز) سواء
كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه ببيعاً وان جازاً جارة فلا يجوز أن يستخلص
ورقبته بمال المولى وصار كالاجنبي) أي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه
بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا (أما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ ببيعاً فكذا استخلاصاً) تحقيق (هذا ان المستحق
كالرائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فانه اذا
زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمداً فصالح عن نفسه جاز
وأجيب بأن المكاتب حر يد واكتسابه له بخلاف المأذون فانه عبده من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن
ليس للمولى القتل بل ان يقتله بعد

(٣٦)

قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعى بمنزلة الاعتراف
على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة
الى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجازا لانه لا يثبت الولاء له لانكار
العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح
عن نفسه وان قتل عبداً له رجلاً عمداً فصالحه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا
لا يملك التصرف فيه ببيعاً فكذا استخلاصاً بمال المولى وصار كالاجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه
نافذ ببيعاً فكذا استخلاصاً وهذا لان المستحق كالرائل عن ملكه وهذا شراؤه فملكه قال (ومن
غصب ثوباً بدينار فاستلم له مائة درهم مناه على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو
يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مائة درهم فالزيادة
عليها تكون رباحاً بخلاف ما اذا صلح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف
ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما
يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض
في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى ويشير اليه قول

البدل في حق المولى فتأخر
الى ما بعد العتق لان صلحه
عن نفسه صحيح لكونه مكافاً
وان لم يصح في حق المولى
فصار كأنه صالحه على بدل
موجب يؤاخذ به بعد العتق
ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم
يكن له أن يقتل ولا ان
يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا
هذا قال (ومن غصب
ثوباً بدينار) فهو وقوم من
أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب
يقال ثوب يهودي وانما خصه
بالذكر إشارة الى كونه معلوم
القيمة وكل قيمى معلوم القيمة

حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيماً معلوم القيمة فاستلم له فصالح من القيمة على أكثر منهما من النقص جاز عند
أبي حنيفة وقال يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالباً وقيد بالقيمي احترازاً عن المثلي
فان الصلح عن كرخطة على دراهم أو دينار جائز بالاجماع سواء كانت أكثر من قيمته أو لا ولكن القبض شرط وان كانتا
بأعيانهم ما لا يلزم بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك
لان المغصوب اذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقص لانه لو صلح على طعام موصوف في الذمة
حالا وقبضه قبل الاقتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا أن الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائماً وتقدير ان لم يكن
عند أبي حنيفة وعنده ما بمقابلته قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهي مائة درهم والدانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن
فيه الناس كان رباحاً بخلاف ما اذا صلح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل
تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير في قوله راجع الى المولى قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال في النهاية أي في رقبته
بتأويل العضو أو الجزاء انتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أي الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول فأشار السارح الى
أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

ولابي حنيفة طريقة ان أحدهما أن المصرب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكاً على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان أبقاء فإدامن أباقه كان مملوكاً ولو كاله وإذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضاً عن ملكه في الثوب أو العبد ولا ريب بين العبد والدرهم كالأمر كان العبد قائماً والثاني أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد فهو الأمل في الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورياً لا يصار إليه الا عند العجز فإذا صالح على شيء كان البدل عوضاً عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذ كر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل في حينئذ يصار اليه او يمكن (٣٧) أن يجاب عنه بأنه فعلى ذلك

اشارة الا أن المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا باتفاق أما عندهما فليبينوا الفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو ان يمثله وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا باتفاق أما عندهما فليبينوا الفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها رقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فمذاحل هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضاً ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج الغرض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرة سبب الفرقة برأي الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركه دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج الغرض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فإنها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعاً فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هنالك مانعاً عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعاً عنه فيما اذا مكنت ابن زوجها فكذلك هنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعاً عن لزوم اعطاء الزوج الغرض فتدبر (قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو ان يمثله وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذ كر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل في حينئذ يصار اليه انتهى كلامه (أقول) قد غلط في استخراج هذا المقام حمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ وهذا غير متصور في القيميات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف بذلك قطعاً بل انما مراده به حق تعلق المالك بجهة أن الواجب في ذمة

بأنه لو باع عين المصروب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكماً لجاز وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه عليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطاً وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة (قوله وإذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقفاً من عبدينه وبين شر يكة قوم عليه نصيب شر يكة فيضمن ان كان موسراً أو يسي العبد

(قوله وفي كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو في المثليات) أقول وفي الكافي أو حقه في الاصل صورة ومعنى اذا الواجب ضمان العدو ان يمثله وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وايجاب الحيوان والثوب في الذمة يمكن كافي النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل

باب التبرع بالصالح والتوكيل به

(ومن وكل رجلا بالصالح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمه

باب التبرع بالصالح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصالح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع قال (ومن وكل رجلا بالصالح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصالح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه أي ممن وكل في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الآن يضمه

باب التبرع بالصالح والتوكيل به

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصالح) أقول فيه بحث قال المصنف (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول أي ممن وكل فإلهذا إلى اسم الموصول محذوف أي ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعني الاقطع

الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيمات أيضا وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثليات لأن وجوب القيمات في الذمة ممكن كالحیوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلناه ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال والوجه لا يبي حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان - كما يجوز بالغام ما بلغ كالاغتياض عن الثوب القائم والحیوان القائم حقيقة وانما قلنا أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان - كما لأن الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحیوان فهو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية إلا أن عند الأخذ صار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما دعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعينات وأطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقبي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله أن تراصيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى (أقول) عذرهم أقبح من ذنبه لأن المصنف ذهنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المثلين في الحكم شيأ بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القبي وكون الدليل محمدا وصالحا المثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيحصل الكلام لعدم إيفائه حق المقام ولا تجدي الإشارة إلى أمر أجنب عن الصدق فنعما كما لا يخفى

باب التبرع بالصالح والتوكيل به

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصالح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع واقتضى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية (أقول) أن قواهم وهو المراد بالتبرع بالصالح ليس بسديد إذ لو كان المراد بالتبرع بالصالح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركا لتناول تبرع بالصالح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضا فالحق عندى أن المراد بالتبرع بالصالح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره وكلاهما صورتين مذكورتان في هذا الباب فيسأل ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بنى شئ وهو أن التوكيل بالصالح فعل الموكل وهو تصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني لأفعول فيرجع إلى معنى التوكيل وهو تصرف للغير فإن قلت فلم لم يقل والتوكيل به يدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني لأفعول قلت فائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هي الإيحاء إلى أن المراد التوكيل الحاصل بالتوكيل وهو التوكيل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصالح فيندفع به توهم الاستدراك تأمل فانه معنى

والمال لازم للموكل (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالأو كيل بالنسكاح إلا أن يضمنه لانه حينئذ هو مؤخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غايه البيان واللام في الموكل بمعنى على كفاي قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها واقفى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل أى على الموكل كفاي قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها انتهى (أقول) لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى على لأن للموكل متعلق بل لازم وكلمة اللزوم تعدي بنفسها وبالباقي قال لزوم ولزم به ولا تتعدي بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون إتمامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخل اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها التقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان أسأتم فلها لان اللام في فلها ههنا متعلق بقدر كما لا يخفى فيجوز أن يفسر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة فلا ضير في أن يحمل اللام ههنا على معنى على تأمل تقف (قوله وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكتفى لتأويل المسئلة فان فيه قيداً آخر وهو انه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه الذي صالحه لان الصلح على الإنكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بعمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى واقتنى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكتفى لتأويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فان قوله أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل من تمامه وتأويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل مالم يكن الصلح عن مال بعمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وقائده التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح بل برباطه قطعاً في غير ذلك كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالنسكاح والخلع وغيرهما وإذا قدر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه انما هو لاقتداء باليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعى وانه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقه ما لم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحاً عن مال بعمال وقد أشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الإنكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بعمال ولا يخفى

الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقاً الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه إلا أن يضمنه لانه حينئذ هو مؤخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوي والنخبة على اطلاق جـواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار فان كان لا يجب على الوكيل شئ وان كان فيها لان الصلح على الإنكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه مع الخصم

(قوله وهو ان يكون المصالح في المعاوضات) أقول الظاهر ان يقال الصلح في المعاوضات (قوله وان كان فيها) أقول الضمير في قوله فيها راجع الى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الم) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما أن قرن بذ كالمال ضمان نفسه أولا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما أن يسلم المال المذكور أولا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة امامه موقفا أو منسكرا وكل منهما اما أن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجه حكم المنسكرا وبقي وجه حكم الموقوف ولكن عرف وجه حكم الموقوف المسلم بذ كالتسليم في المنسكرا فبقى حكم الموقوف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن ثم الصلح لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي حق البراءة في حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط بتلاشي ومثله لا يختص بأحد فصلى أن يكون أصيلا في هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعي عليه لا يرجع عليه بشئ كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره فانه يرجع ولا يكون (٤٠) لهذا المصالح شئ من المدعي أي لا يصير الدين المدعي به ملكا للمصالح وان كان المدعي عليه مقرا وانما يكون ذلك الذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما لا يطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شئ فأى شئ يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منسكرا أما اذا كان منسكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شئ عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مضمنا متبرعا ما في ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين عليك من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان

قال (وان صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضمنه ثم الصلح) لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصلى أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البذل ويكون متبرعا على المدعي عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعي وانما ذلك الذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منسكرا أما اذا كان منسكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شئ عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مضمنا متبرعا ما في ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين عليك من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان

قال (وان صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضمنه ثم الصلح) لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصلى أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البذل ويكون متبرعا على المدعي عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعي وانما ذلك الذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منسكرا أما اذا كان منسكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شئ عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مضمنا متبرعا ما في ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين عليك من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان

باب الصلح في الدين

أن ما نحن فيه هو الوكيل من قبل المدعي عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

باب الصلح في الدين

المدعي به عينا والمدعي عليه مقرا فان المصالح يصير مشتر بالنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مال كصحيح (قوله) وان كان في يد غيره ووجه الوجه الباقية بذ كور في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على التي ينقذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعوائك على فلان فانه فيه يقف عن اجازة المدعي عليه فان أجاز جاز وان رد بطل به هذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وبقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

باب الصلح في الدين

اما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم

(قوله فصلح أن يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول فيه شئ والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعوائك على فلان) أقول يعني فلانا الاول ولو قال من دعوائك عليه لكان أبعد عن التشويش

باب الصلح في الدين

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ولكن له على آخر ألف جيات فصالحه على خمسمائة زئوف جازوا كأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا بفعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بعلمها نسيئة لا يجوز

(قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فمنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جيات فصالح عن ذلك على ألف درهم جيات يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيته لا معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عنافي الكتاب بأنه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي أن يراعى في لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن جعله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن جعله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك يتظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز والخية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مضارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن جعله على بيع الصرف فان ما يمكن جعله على بيع الصرف عند أهل الشريعة مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن جعله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كالمثالة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذي ذكره بقوله الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز فبهمزل عما نحن فيه بمرأى لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا بما يمكن جعله على بيع الصرف أما الاول فلان الخية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مضارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل (قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا) أقول لقائل أن يقول انما يقضى الى الربا لجعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يباو به من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء أن الديون تقضى بامثالها لا بأعيانها فلا افضاء الى الربا بقا بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على انه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض

قال (وكل شيء وقع عليه الصلح) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة) بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي (وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك جلا لامر المسلم على الصلاح) (كمن له على آخر ألف درهم) جيات حالة من ثمن متاع باعته (فصالحه على خمسمائة) (كمن له على آخر ألف درهم جيات فصالحه على خمسمائة زئوف فانه يجوز ان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا بفعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بعلمها نسيئة وهو ربا فان لم يمكن جعله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على تأخير مؤجلة بطل الصلح لان التأخير غير مستحقة بعقد المداينة

فيجعل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذا التصرف في الثوب في مسائل الصلح لا يخرج عن أحدهذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسبية فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لا يمكن جعله على الاسقاط (لان المجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء واستيفاء بعض حقه وهو (خير من النسبية) لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التجمل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا الان حرمه ربا بالنساء ليست الا لنسبة مبادلة المال بالاجل حقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز ولو كانت بالعكس جاز) والامسألة أن المستوفى اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان (٤٣) أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء

(فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فان قل اذا كان حقه ألف درهم نهرجة فصالحه على ألف درهم م بخبة نقد بيت المال فهو أجود من النهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة أجاب بقوله (ويخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبرض في المجلس) وحاصله أن الجوده اذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالسنة الاولى فانها اقرب لثبوت خمسمائة من السود وهو ربا وما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردى فيه سواء عدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لانه أمكن جعله اسقاطا

فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجوز) لان الدنانير غير مستحقة بعد قد المداينة فلا يمكن جعله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسبية لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لان المجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لان البيض غير مستحقة بعد قد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كما قد راو وصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الالمائة وتأجيل الباقي فلا يجعل معاوضة تصح بالعقد اولان معنى الاسقاط فيه الزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق

في المجلس وجوز التأجيل فتأمل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء) قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي انتهى (أقول) لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف بأبي المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه أولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لا شك ان البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحقة أولا وان لم تحقق البراءة المقطوعة الا بأداء ذلك اليه غدا ففما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح أن يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد خرج ملكه من وجوه وقوفه على أداء نصفه الاخر اليه غدا فاذ لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا يقبله

للدنانير كلها والدراهم الالمائة) ان كانت حالة واسقاطا لذلك (وتأجيل الباقي) ان كانت مؤجلة (تصح بالعقد الفطرة أولان معنى الاسقاط فيه الزم) لان مبني الصلح على الخطيئة والخط ههنا أكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيده

(قوله فيجعل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما في العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس (قوله ففعل فهو بريء فقبل معناه فقبل الخ) أقول فالقول مجاز عن التزامه في الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الا ان مقتضى كلة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سبذ كره في الفرق بين التعليق والتقييد بخبة بتشديد الخاء والياء نسبة الى بخر أمير ضربه وانظر اللسان كتبه مصححه

الأتري انه جعل أداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فخرى وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابرار مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالبراءة بان قال أبرأتك عن خمسمائة من الاف على أن تؤدي غدا خمسمائة واهما أن هذا البراءة مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته أي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط (٤٣) عندنا لكنه عند انتفائه فان

لبقائه على عدم الاصل وموضعه أصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ بأداء خمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذرا افلاسه أو توسلا الى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن تحتل معنى الشرط لوجود معنى المقابل فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحتل على الشرط تصحيا لتصرفه وكأنه من ماقول بموجب العلة أي سلبا أنه لا يصح أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله أولانه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني أن حمل كلمة على على الشرط لا أحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للجواز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجاوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجاوز بعد أن ثبتت العلة المصححة لكن الكلام في كونه علة مستقلة لجلها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجاوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فعنى كلام المصنف فحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصح تصريف العاقل أولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجاوز ويكون قوله تصحيا لتصرفه وقوله أولانه متعارف بيانا للعلة

الأتري انه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فخرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابرار مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالبراءة واهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذرا افلاسه أو توسلا الى تجارة أربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابل فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيا لتصرفه أولانه متعارف

الفطرة السليمة (قوله الأتري انه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا فاما المعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة عقابا لكلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تحمل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء انتهى فكانت حمل الباء على الالتصاق فأخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شيء في جانب الدائن والبراءة انما تستفاد في جانب المدين وحده المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أولانه متعارف) قال صاحب العناية قوله أولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لا أحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها مالم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يمتحن أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للجواز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجاوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجاوز بعد أن ثبتت العلة المصححة لكن الكلام في كونه علة مستقلة لجلها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجاوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فعنى كلام المصنف فحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصح تصريف العاقل أولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجاوز ويكون قوله تصحيا لتصرفه وقوله أولانه متعارف بيانا للعلة

(قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول فيه شيء بل يستفاد به البراءة والظاهر لم يستفد به شيء ثم قوله والاداء مستحق عليه معناه في كل وقت (قوله فخرى وجوده أي وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد وجوده لفظا (قوله يعني ان حمل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الاول والاقرب أن يجعل عطف على قوله تصحيا لتصرفه

(قوله والبراء عما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق البراء بالشرط من أجل أن يقول لغريم أو كفيل إذا أدبت أو منى أدبت أو أن أدبت إلى خمسمائة فانت بري من الباقي باطل بالاتفاق والتقيد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه - انه - ما متغيران لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان التقيد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحاً والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان في التقيد به الحكم ثابت في الحال على عريضة ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو به عريضة ان ثبت عند وجود الشرط والفقهاء في ذلك ان في البراء معنى الاسقاط والتملك أما الاول فلانه لا تقوم صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن (٤٤) القصاص وأما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التملكيات وتعليق الاسقاط المحض

جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التملك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار المحرم والبراءة شبهة بها فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملاً بشبه التملك وذلك اذا كان بحسب الشرط ويحتمل التقيد به عملاً بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيداً بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما في (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل وقوله (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل وقوله (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل وقوله (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل

والبراء عما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداة بالبراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صاحبك من الالف على خمسمائة تدفعها إلى غدا وأنت بري من الفضل على انك ان لم تدفعها إلى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه أن الأمر على ما قال لانه أتى بصريح التقيد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة المرجحة للحمل على الجواز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والبراء عما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة) قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل السكينة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح لجعله متعلقاً بما يتصل به وهو قوله والبراء عما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان البراءة عما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب السكينة في تقرير هذا المقام والبراء عما يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحداً ذهب إلى كون قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والمحجوب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب إليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيداً بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله والبراء عما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب إليه ان يقال يعني أن البراءة لما كان فائتاً بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لخصه تقيد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعليق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق البراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالبراء أم لا فان بدأ بالبراء فلا يخلو

كما اذا بدأ بالبراء واذا تأملت ما ذكرنا في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه اما على خمسة ان رب الدين في تعليق البراء بأداء البعض لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالبراء أم لا فان بدأ بالبراء فلا يخلو

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثاني) أقول فان قل لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصلحة فلامعنى لجعله قسمياً مبدئياً فيه بالأداء قلنا ذلك مبني على اتحاد مع ما بدئ فيه بالأداء حكماً فيتامل

اما ان بدأ بحرف الشرط أولا فان لم يبدأ قال وجه الرابع وان بدأ فهو الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم
والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزول بالشك (٤٥) فاذا قدم البراء حصل مطلقا

ثم بدأ كرماعده وقع الشك
لانه ان كان عوضا فيه - و
باطل لما تقدم - لم يزل به
الاطلاق وان كان شرطا
بقيد به وزال الاطلاق فاذا
وقع الشك لم يبطل به الثابت
أولا وفي عكسها عكس ذلك
والرابع وجهه - انه اذا لم
يؤقت الاداء وقتا ظهر أن
اداء البعض لم يكن لغرض
لكونه واجبا في مطلق
الازمان فلا يصلح ان يكون
في معنى الشرط ليحصل به
التقييد فلم يبق الا جهة
العوض وهو - وغ - ير صالح
لذلك كما تقدم والخامس
تعليل وقد تقدم ان البراء
لا يحتمل له فلا يكون صحيحا
(ومن قال لا آخر لا أقول لا)
بما لك على حتى تؤخره
ع - ني أو نخط عني بعضه
ففع - ل أي آخر أو نخط
(جاز عليه) أي نفذ هذا
النصرف على رب الدين فلا
يمكن من المطالبة في
الحال ان آخر أو بدأ ان خط
(لانه ليس بمكره) لتمكنه
من اقامة البينة أو التحليف
لا يقال هو مضطر فيه لانه
ان لم يفعل لم يقر لان تصرف
المضطر كتصرف غيره فان
من باع عينا بطعام بأكله
لجوع قد اضطر به كان
بيعه نافذا (ومعنى المسئلة

من الالف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والبراء فيه واقع أعطي الخمسمائة أولم يعط لانه أطلق البراء
أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوق وقوع الشك في تقييده بالشرط فلا يثبت
به بخلاف ما اذا بدأ بأداء الخمسمائة لان البراء حصل مقر ونابه فن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا
ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال أدالي
خمسائة على أنك بري من الفضل ولم يؤقت للاداء وقتا وجب وابه انه يصح البراء ولا يعود الدين لان
هذا البراء مطلق لانه لما لم يؤقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق
الازمان فلم يتقيد بل يحتمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض
صحيح والخامس اذا قال ان أدبت الى خمسائة أو قال اذا أدبت أو متى أدبت فالجواب فيه - انه لا يصح
البراء لانه عاقبه بالشرط صريح وتعليل البراء بالشرط باطل لما فيها من معنى التملك حتى يرتد
بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لا آخر لا أقول لا)
بما لك حتى تؤخره عني أو نخط عني ففع - ل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا
قال علانية يؤخذ به

اما ان بدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ قال وجه الرابع وان بدأ فهو الخامس انتهى كلامه وهكذا
ذكر وجوه الحصر في العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه جعل الوجه
الثاني قسما مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلانه جعل الوجه
الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع
عناية أما عن الاول فبان يقال ان البدء في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى
لان حاصل معناه أدالي غدا خمسائة من الالف وأنت بري من الفضل على أنك ان لم تدفعها الى غدا
فالالف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها
ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فانها
ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبدء بالاداء في وجه
الحصر البدء بالاداء المطلق بل المراد به البدء بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء
المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه
آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدأ في نفسه
بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع بدئي في نفسه بالاداء حكما فليتامس انتهى (أقول) ليس هذا
الجواب بشي لان اتحاده مع ما بدئي في نفسه بالاداء حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئي في نفسه بالاداء
الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئي في نفسه
بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئي في نفسه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعله في ما لم يذكر معه بقاء
الباقى على المدينون صريح عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكرناه من ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم
يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما اذا بدأ بأداء الخمسمائة
لان البراء حصل مقر ونابه فن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا
فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث لان هذا وان أقاد الفرق بين الوجهين الا أنه

اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ (بجميع المال) في الحال

(قوله فان لم يبدأ قال وجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع مما بدئي في نفسه بالاداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به لا يقال جعله
قسما منه بناء على انه لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ به بل بدئي بالبراء لان الوجه الثاني أيضا كذلك كما يظهر من جامع الترمذي والله أعلم

فصل في الدين المشترك ❦ آخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلو المفرد قال (واذا كان الدين بين الشريرين يكن الخ) اذا كان الدين بين الشريرين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريرين الآن يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريريه في اتباع الغريم أو شريكه القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرها لان الدين ازداد خيرا بالقبض انما عليه الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمره وله

(٤٦)

فصل في الدين المشترك ❦ قال (واذا كان الدين بين شريرين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض انما عليه الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمره وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

ينافي ما تقرر في التعليل المذکور من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد الإبراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هناك كما ثبت اطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الإبراء بالأداء واذا كان الأداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذکور هناك من قبلهم ما يكون الإبراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فإيتأمل في التوفيق

فصل في الدين المشترك ❦ آخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (قوله) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض قال في النهاية وأما اذا أخذ بمقابله نصيبه ثوبا ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى (أقول) فلقائل أن يقول اذا كان قبض أحد الشريرين في الدين شيئا من الدين مخالفا لأخذ أحدهما ثوبا بمقابله نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسألة ما اذا قبض أحد الشريرين في الدين شيئا من الدين وبين مسألة الكتاب فلم يظهر له عمل الاولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المحقق في الولد والثمره حقيقة لا حقاها انتهى (أقول) بل الحق اتمام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشرير القابض في الدين المشترك لا الى أحد الشريرين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلأسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمره فأفهم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريرين التصرف في الولد والثمره بغير إذن الآخر أجاب بقوله ولكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشرير مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض

فصل في الدين المشترك ❦ (قوله بنصفه) أقول يعني بنصف الدين (قوله الآن يضمن له شريكه ربع الدين) فانه لا خيار لشريريه الخ) أقول إشارة الى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار قال صاحب النهاية والاتقاني الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اه والظاهر من تقرير الكافي انه استثناء من قوله ان شاء أخذ منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريرين فصالح أحدهما نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء أخذ

منه نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف الدين اه فتأمل في الترجيح لان وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشرير اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشرير في الثوب ويجوز ان يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشرير اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والا حسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فيثبت لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المحقق في الولد والثمره حقيقة لا حقاها

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعت صفقة واحدة وثن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احتراماً لعماد إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتب عليه صكاً واحداً بالتدريج ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن إلا أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يراد على هذا ويقال إذا كان صفقة (٤٧) واحدة بشرط أن يتساوى في قدر الثمن وصفته لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان خمسة مائة ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن إلا أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتصرف الصفقة بدليل أن المشتري أن يقبل المبيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخمسة ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن إلا أن يشاركه فيما قبضه لأن بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفاً وأعمال المصنف انما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقة ولما فرغ من بيان الأصل قال (إذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان شريكه أن يشاركه فيما قبض

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك إذا عرفنا هذا فنقول في مسئلة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باقي في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما نصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كذلك لأن مبيعني المبيع على المما كسنة بخلاف الصلح لأن مبناه على الانغماض والخطيئة فلو ألزمتنا دفع ربع الدين بتضرره فيخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في المبيع لأنه ملكه بعقده

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه قال الشراح فاطبة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وإن تم جواباً عن ذلك السؤال إلا أنه مناف لما تقرراً نفاه من أن صاحبه حق المشاركة في المقبوض لأنه لما قال في تعليله لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يترتب له أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بأن قال لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذ نصفه دلالة على إجازة العتد فصح ذلك وجاز فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلا من حقه مما عالا من حق

لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما نصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما نصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس للشريك مخيراً بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كالأى من غير خطيئة وانغماض لأن مبيعني المبيع على المما كسنة ومثله لا يتوهم فيه الانغماض والخطيئة بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك فلو ألزمتنا في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة المبيع سبيل لأنه ملكه بعقده فإن قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان يبيع دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض

أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذا بيع يقتضى ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاتنا في ذلك لان النقود عينا كانت أودينا لاتنعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بهما واما المصلح فليس يلزم به في ذمة المصلح شئ تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من المصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لا ينقلب ماله عليه فانه خلاف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لانه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تأمل

والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض لانه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده يبيع دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذا بيع يقتضى ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لاتنا في ذلك لان النقود عينا كانت أودينا لاتنعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بهما انتهم (أقول) في تحرير قول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تة - وهم القسمة قبل القبض أصلا - ولهذا فرع غيره ورود السؤال يلزم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندي ههنا الى التثبت بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شئ مما استوفاه الاخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصديّة دون الضمنية والتوهم ههنا مطلق فتحة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لاننا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعاً في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصديّة أو ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحة الزم أن لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لا يضمه ربع الدين وقد تقرر أن له أن يضمه ذلك فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذي ثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لا فالوجه لهما من نصيب أحدهما الكفاية قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال

كما انما مات المحال عليه مفسا فان المحال يرجع على المحل لذلك واذا كان على أحد الشريرين دين لغريم قبل الدين المشترك فاقرب ذلك لم يرجع عليه الشرير لأن قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء عن أولهما اذا العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأ أحد الشريرين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمس والساكنة بالعشرة (ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلا فالحال ما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف بخلاف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه ابراء مؤقتا بالبراء المطلق وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض واقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كرماء يوجب (٤٩) فيما يستحيل ذلك فيه فغنى قوله

لامتياز أحد النصيبين
لاستلزام التأخير الامتياز
فان قيل فقد يجوز ابراء
أحدهما عن نصيبه وذكر
البراء يوجب التمييز بكون
بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما
يستحيل فيه ذلك أحجب
بأن القسمة تقتضي وجود
النصيبين وليس ذلك في
صورة الأبراء بموجود فلا
قسمة لا يقال لو كان
القسمة أمرا وجوبيا لزم
ما ذكرتم وانما هي رفع
الاشتراك أو الاتحاد أو
ما شئت فسمه وذلك عديم
فلان سلم أنها تقتضي
وجود النصيبين لانا نقول
القسمة افراز أحد

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما ماعينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستتجار بنصيبه قبض

كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تميز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولأن القسمة فيها معنى التمييز لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر وتعليل الدين لغريم من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان اشربكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف أنه لا يشاركه لثلاثة قلب ماله ما عليه فانه خلف باطل (أقول) فيه نظرا لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول فيه شيء وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وهذا لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز

(٧ - تكمله سابع)

النصيبين لتكميل المنفعة عمالا يشارك فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما ماعينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض) لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء الاول وكذا اذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فأراد شر بكذا تباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجهه لأن ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجهه عند ورود العقد عليها

(قوله والجواب عنه ان تأخير البعض فيه الخ) أقول اختيار للشق الثاني ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحح ابراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل ابراء والا فكيف تعلق ابراء بنصيبه خاصة فليتأمل في جوابه (قوله أحجب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول ولو أحجب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الأبراء لم يحجج إلى ذلك التطويل (قوله لزم ما ذكرتم) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلان سلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

(وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المدينون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك الساكن أن يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالنصب والمدينون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولا ييوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا تطهير الجناية (٥٠) فانه لو جنى على نفس المدينون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن الا آخر أن

يرجع عليه بشئ فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه ملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجناية وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن الزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمنزلة معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيه يرقض الاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل أتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمد لانه في الخطا يرجع عليه وأطلق في الايضاح فقال ولو شجبه موصحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شئ لان الصلح عن الموصحة بمنزلة النكاح وأرى انه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشي قال (واذا كان السلم

وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كرماء وجهه فيما يستحيل ذلك فيه فعنى قوله لا امتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر ابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة ابراء بموجود فلا قسمة الى هنا كلامه (أقول) في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة ابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بأن ذكر ما يوجب التمييز بتحقيق في صورة ابراء أيضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزامها في صورة ابراء أيضا وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن بعض غير منه مصور فلا قسمة في الدين لافي صورة ابراء ولا في صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لافي صورة ابراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه من جناية العمد) قال في النهاية ومعراج الدرابة قبل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موصحة فصالحه على حصته لم يلزمه شريكه شئ لان الصلح عن الموصحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ذكر ما فيها وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشي انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي في انتهى (أقول) هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجي في كتاب الديان ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا أن الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصلح عنه على مال أعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا لشي اذا الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد يلزم العاقلة فأين ما أراد مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كاحدهم على ما يجي في كتاب المعاقلة فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا لشي اذ قد كان مقتضيا بقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة وأما ثانيا فلان ما ذكره انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقيدها بالعقد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا لشي لزم أن لا يرجع شريكه

بين شريكين الخ) اذا أسلم رجلان في كحنطة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازه الا آخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشترك بينهما وان لم يحوزه فالصلح باطل

(قوله فيتحقق القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل) (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي

وقال أبو يوسف جاز اعتباراً بسائر الديون فإن أحد الدائنين إذا صالح المدين عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيراً بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المدينون بنصيبه كذلك عهدنا (وعما إذا اشترى باعداً فأقال أحدهما في نصيبه) بجماع أن هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولا يحنق ولا يحنق وجهان أحدهما أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تميز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فإنما إذا اخذ ترافقه الشق الأول من التردد لم يلزم المحذور والمذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم لم فيه يعني أن المسلم لم فيه في ذمة المسلم إليه انحصار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني أنه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهي (٥١) مشتركة بينهما وإذا شاركه فيه

يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطاً بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه فإذا شاركه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذته يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل يتقاسان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الدين تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسحاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب (قالوا) أي المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون وعما إذا اشترى باعداً فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا إذا خلط رأس المال فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

عليه كما في الصلح عن جنابة العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليستأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تميز إلا بالقسمة واللازم باطل وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظراً ما أولاً فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جارٍ فيما بعينه كالأجنبي يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقر في دليل أبي يوسف وأما ثانياً فلان قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز إذا كانت قصداً وأما إذا كانت ضمناً فمبجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الأول من التردد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد السلم فلا محذور في اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه فإذا شاركه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذته يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل يتقاسان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الدين تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسحاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض

انما هو (إذا خلط رأس المال) وعقد عقد السلم وأما إذا لم يخلط فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضاً وهو لا نظر والى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطاً أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لا ينظر والى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شر كتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفرد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق أن محمداً كالاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشارك فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد قطن بعضهم أن ترك ذلك لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطاً أو لم يخلطاً

(قوله يرجع المصالح الخ) أقول إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح (قوله وقيل وليس بسديد) أقول الفائل هو الخبازي نقل عن الأوضح

فصل في التخرج التخرج تفاعل من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخير ماله وقوعه فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من الميراث بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شرط تذكري أثناء الكلام وتصور المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة قال (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه حال كون التركة عقارا أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو أكثر وقد بذلك لأنها لو كانت من النقود كان هناك شرط سند كره وهذا لأنه أمكن تصحيحه ببيع أو البيع بصح بالقليل والكثير من الثمن ولم يصح جعله إبراء لان الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح (٥٢) فان قيل لو كان يباع الشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالة تفقد

البيع أجيب بأن الجهالة المفضية إلى النزاع تفقد البيع لا متناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج إلى تسليم فلا يفتى إلى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلم مقدار له وفي جواز التخرج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فخطها ربع الثمن جز من اثنين وثلاثين جزا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزا وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد روى محمد بن عبد الرحمن عن كمن نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

فصل في التخرج (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقارا أو عروضا جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا) لأنه أمكن تصحيحه ببيع أو فيه أثر عثمان فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمانين ألف دينار

أن يعود ويقول هذا المعنى موجودا أيضا فيما إذا اشتري باعدا قال أحدهما في نصيبه والفرق للذكور في الجواب المزبور لا يمتشي فيه لان الأقالمة نسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في القبول في صورة الأقالمة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض به تأمل توقف

فصل في التخرج التخرج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم وانما أخره ماله وقوعه إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من الميراث بغير استيفاء نصيبه أو لو وقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان والاصل في جواز التخرج ما روى محمد بن الحسن في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقال محمد أيضا حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخرج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الأسدي في شرح الكافي لفظ الكافي كافي من غير تغيير إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فخطها ربع الثمن جز من اثنين وثلاثين جزا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزا وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد روى محمد بن عبد الرحمن عن كمن نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار إلى

فصل في التخرج (قوله ووجه تأخير ماله وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك إلى قوله حال كون التركة عقارا الخ (قوله صالحوها) أقول الصمير في قوله صالحوها راجع إلى إحدى نساء (قوله وهي تماضر التي لم يفسر ذلك في الكتاب) أقول هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا لئلا يتوهم أن المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعل البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه

وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً وبالعكس جازلانه ببيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً لكونه في يده يكتفي بذلك القبض أي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما عن الآخر أما اذا اختلفا فالضمون ينوب عن غيره دون العكس فأما اذا كان الذي في يده بقيتها مقرأ فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد التقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساوياً بالنصيبه أو أقل أولاً يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا أما اذا كان مساوياً فلزيادة العروض وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر نصيبه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصديق أما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوه على أقل من نصيبها (٥٣) من المهور والميراث جازلان المدفوع اليها

حينئذ لقطع المنازعة ولاقتداء اليمين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضاً جازماً مطلقاً) قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أولاً ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفاً للجنس الى خلافه كافي البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً قال (واذا كان في التركة دين على الناس الخ) واذا كان في التركة دين على الناس فأدخله في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعاً ما في الدين

قال (وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك) لانه يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مائة راباً لا بد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازاً عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضاً جازماً مطلقاً لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس الى خلاف الجنس كافي البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان في التركة دين على الناس فأدخله في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تعليق الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تعليق الدين من عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه متبرعين

الى هنا لفظ غاية البيان وهذا بسط ما ذكر في جملة الشرع وهو هنا غير أنه ذكر في سائر الشرع وح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وعشرين ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض وكذلك

فلان فيه تعليق الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما في العين فلا اتحاد الصفة والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط وتعليق الدين من عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين

قال المصنف (واذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكافي أي في الكل في العين والدين أما في الدين فليكونه يملك الدين من غير من عليه الدين وأما في العين فلا اتحاد الصفة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيما اذا أسلم حنطة في شعير أو زيت حيث قال يصح في حصة الزيت وينفسد في حصة الشعير وهذا أفسد الكل وهذا ما يحفظ وفي الكافي قبل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما بقي العقد صحيحاً فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن يبيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثلث واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام خواهر زاده فليأمل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على ان يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل

وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلته الدين الذي هو نسبة والنقد خير من التسيئة (والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء

قال المصنف (وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول قال في الكفاية لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التسرع فليتأمل (قوله وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم) أقول فيه بحث

إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجوز بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين لزوم الربا ولا يصح تجوز بطريق الإبراء عن الباقي أيضا لأن التركة عين والإبراء عن الأعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجوز بذلك بطريق الإبراء عن الباقي منظورة فيه عندى لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلا إلا أن البراءة عن دعوى الأعيان صحيحة كما صرح حوايه وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجوز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فإن قلت قدم في الكتاب أنه لو أدى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه تفسير تلك المسئلة فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح هنا قلت قدم أيضا في الشروح هناك أن ما ذكر جواب غير ظاهر الرأى وأما في ظاهر الرواية فإنه يصح وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لا يفي عينا ودعوى والإبراء عن الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكيم أبو الفضل إنما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصديق وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لأن حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة ويفدى به عينه فلا يمكن الربا كذا في الذخيرة والتمتة ونقل عنهم في النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الأسديجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد إنما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين في حالة التصديق أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه إسقاطا ثم قال الامام الأسديجاني والصحيح أنه باطل في الوجهين لأنه يكون معاوضة في حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيان في فتاواه قال الحاكم الشهيد إنما يبطل الصلح على أقل من حصته من مال الربا في حالة التصديق أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك أن في حالة الإنكار ما يؤخذ لا يكون بدلا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه (أقول) في الوجه الذي ذكره قاضيان إشكال لأن عدم كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الآخذ فنسوق فان قلت إنما لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخذ أيضا لا مكان تصحيح هذا الصلح بدون الحل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن أعيان التركة والإبراء عن الأعيان باطل على ما صرح حوايه فلو أمكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لا يمكن تصحيحه في حالة التصديق أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد أجمعوا على عدم إمكان تصحيحه أصلا في حالة التصديق نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالة بين معاهمه على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لأن نفس تلك الأعيان والباطل هو الثاني دون الأول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم

ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا

رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح أما في الوجه الأول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليستأمل انتهى (أقول) قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده وتجييله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلاً عليه وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملاً لكل واحدة من صورتى التبرع جعله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها ففسر ببقية الورثة في الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وجعلهم أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلّة الضرر فيها وتفاخس الضرر في الصورة الأولى ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشريعة جمل هذا الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقداً ويحمل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية وشرح كتابه فاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الأولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لابقية الورثة فان قيل اذ لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصصة المصالح لا تصير لهم فقولنا لا أن حصته تصير لهم حجة عليه لانه فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نعمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر سائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبرهم هذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع والصدر الشريعة حيث عكس انتهى (أقول) فيه أيضاً بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا يجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه سائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه الى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فاین هذا من ذلك فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا في الذخيرة أيضاً (أقول) فيه خال لان نصيبه من ذلك اذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمنزلة من بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب كما اذا كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمنزلة الزيادة

ونولم يكن في التركة دين
وأعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل
والموزون قيل لا يجوز
لاحتمال الربا وهو قول
الشيخ الامام ظهير الدين
المرغيناني بأن كان في
التركة مكيل أو موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل
الصلح أو أقل

يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكبل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكبل أو موزون أو غير ذلك (وقيل لا يجوز لكونه بيعا) إذا يصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عيب) والبراء عن العيب لا يجوز وإذا كان بيعا كانت الجهة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فمات احتياج إلى التسليم حتى يفضى إلى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز احتياجه إلى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا أو غيره ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فالوا يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخي أنها لا تجوز استحسانا ونحو قياسا وجه الاستحسان أن الدين يمنع غمك الوارث إذا من جزء أو هو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه

وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكبل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا إذا المصالح عنه عيب والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضى إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فالوا يجوز وذ كر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحسانا ونحو قياسا

بحقه من بقية التركة احتراز عن الربا فالحق في البيان ههنا أن يقال بأن كان في التركة مكبل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر وله أصاب صاحب غايه البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني وبديل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فانه اعتبر القسمة في جانب بدل الصلح لافي جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكافي تنبه أيضا لما ذكرناه من الخلل فاكثري بذلك حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون في التركة مكبل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واقتنى أثره صاحب معراج الدراية ولكن الوجه أن يزداد عليه قيدا أو أكثر كما ينبغي عليه أن يقال فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذ فلا يلزم الربا بالمباينة فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا لكنه ساقط ههنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فانهم يصدون بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعاً كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد كان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهة نأمل نقف ثم اعلم أن صاحب الأصلح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولما قيل أن يقول حق الجواب التفصيل بأن يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه (أقول) فيه نظراً أما أولاً فلا لأنه لا احتياج ههنا إلى ما ذكره من التفصيل أصلاً إذ الشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمثليتين المذكورتين سابقاً على الاستقلال أحدهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخراهما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها أعمال أعطوه إياه والتركة عقاراً وعروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً وأما ثانياً فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لأن قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على إطلاقه فانه إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدر من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مر مفصلاً وممدلاً وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض سمي بها

أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر أيضا مستوفى وأما بالنافلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فإن عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتمدة عامة

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الاقراء فلا يحتاج إلى الإعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ومعنى هذا العقد

كتاب المضاربة

قدم وجهه المناسبة في أول كتاب الاقراء والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الأرض إذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحدو حدوه هي في الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرط (أقول) فيه فتور إذا تظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست بنفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الإيجاب والقبول بالفاط تدل عليها مثل أن يقول رب المال دفعت هذا إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال وأعمل به على أن مارزق الله فهو بينهما على كذا ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكروا في أثناء المسائل قال في العناية وشروطها أنواع صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذلك اهـ (أقول) فيه قصور لأن الشروط الفاسدة أيضاً أنواع نوع يفسد العقد أيضاً ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحاً نص عليه ههنا في النهاية وسيأتي التصريح به في الكتاب أيضاً وعبارة العناية تشتمل على انحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الإيداع والوكالة والشركة بحسب الأوقات كما أشير إليه في المبسوط والذخيرة والحقفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكيل عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولاً فلا نكحها عند الدفع هو الإيداع وإنما الوكيل عند الدفع عند التصرف والعمل كائن عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون لا ترى إلى ما قال في الوقاية وهي إيداع أو لا يوكيل عند عمله وشركة إن ربح وأما ما ينافي لثلاثة لم يذكر الإيداع عنديا نكحها وهو حكم لها أيضاً ثبت بها أولاً على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها أنواع إيداع ووكالة وشركة وإجارة وغصب (أقول) فيه أيضاً خلل لأن معنى الإجارة أنما يظهر إذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب أنما ينفق إذا خالف المضارب فكان متعدداً كما سيأتي وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة منافي لحكمها فكيف يصح أن نجعل الإجارة والغصب حكماً من أحكامها وحكم الشيء ما ثبت به والذي ثبت ثنائيه لا يثبت به قطعاً لا يقال إن الإجارة والغصب وإن لم يصلح أن يجعل أحكاماً للمضاربة الصحيحة إلا أنهم ما يصلح أن يجعل أحكاماً للمضاربة الفاسدة فنأدرجها في أحكام المضاربة يريد بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لا نأقول لاشك أن ما ذكره في قرائنها من ركنها وشروطها وغيرها إنما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير في أحكامها أيضاً لا بد أن يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم

لان المضارب يسير في الارض غالباً بالربح) قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض ينتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرط (ومشروعيتهما الحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعيتهما انتظام مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقذور بتعاطيها وركن استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقرروهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحر أو ان لا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن قبله رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمر ايعابه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير تكبير فكان اجماعاً قال (ثم المدفوع الى المضارب (٥٨) امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضه

بأمر مالكه لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله وهو شائع في شركة واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقرروهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة في يده لانه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بعمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل

للمضاربة الفاسدة أضاف في الاحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضاً لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضاً فيما سيجي أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر قط لكونه متعدياً فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً اهـ (أقول) ليس هذا بشيء لان الباع في قوله بسعيه وعمله للسبيعية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الايمان والافضاء الى المسبب في الجملة لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك

وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيما اذا ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح لا في رأس المال مع الربح أي لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانه قائم لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضاً ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف أو فلولاً ساراً نجة عند محمد وبماسواها لا تجوز وقد تقدم في كتاب الشركة

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فانها في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الو كالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين أو لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلاً وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه بأمره حتى يرجع لما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا بخلاف ما في الشرع من انه وكيل عند الدفع فليتامل

ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة (٥٩) من حيث انه توكيل واجارة يعني انه

مشتل على التوكيل والاجارة بالراء والاجارة بالزاي وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزئية فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعلم بالدين الذي في ذمتك فانه لا يجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخرج أما عند أبي حنيفة فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ واذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله واذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فلان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري فلا مرفيص بمضاربة بالعرض وذلك لا يجوز

(قوله لئلا يخالف الكل الجزء) أقول قد سبق في كتاب الوكالة ان الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء (قوله واذا لم يصح كان المشتري

ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعلم بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رجحه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري فلا مرفيص بمضاربة بالعرض

كاه في الاصول فتختلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعماله عند عدم ظهور الربح لا يحصل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية في بيان التعليل أي لان عقد المضاربة مشتل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون المشتل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل أيضا لئلا يخالف الكل الجزء اه واقتنى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجارة بالزاي (أقول) فيه بحث أما أولا فلا لأن المضاربة مالم تفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به وصرح في الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشمل على الاجارة بالراء أصلا بل تنافيها قطعاً فلا معنى لدرجتها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة وأما ثانيا فلا لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع فأنه لم قطعاً مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام ألا يرى ان الواحد بجزء من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة أيضا متحققة قطعاً في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثالثا فلا لأن الوكالة والاجارة لا يمتثلان الجزئية من المضاربة أما الوكالة فلا لأنهم اتفقوا على انها حكم من أحكام المضاربة ولا شئ ان حكم الشئ خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه وأما الاجارة فلا لأنها أيضا حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشئ منافي لصحتها مضافا إليها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها الحديث الجزئية في تشبيه التعليل المزبور مما لا وجه له ولم أر أحد احاط بحوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تشبيه ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يضاف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة أو ودعة أو اجارة وليس في شئ من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل اه نعم فيه أيضا شئ مما مر وهو ان المضاربة اجارة بعد فسادها في حال صحته فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحته في الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كأنه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان في المستقبل لافي حال صحته ولا بعد فسادها فتأمل ثم أقول بقي لي بحث قوي في هذا المأثم وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ابداء ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بأن ما لا يصح اضافته الى زمان في المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فإذا لم تصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع منع أمور لا يجدي عند تحقق مانع آخر (قوله لان عند أبي حنيفة رجحه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع) واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء لا يظهر أن يقال

للمشتري) أقول ولا يظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزئية مستلزم لعدم صحة الكل

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازيها والمنافي لشرط جواز الشيء منافي له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى (٦٠) عدم ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده

لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لانه) عمل لرب المال بالعقد (ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لانه غنا ملكه) فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب بالغام بالغ) كما ينافي الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه أجر وأجرة الاجير يجب بتسليم المنافع) كما في أجر الواحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم العمل) كما في الاجير المشترك (وقد وجد ذلك

(قوله ثم فسر ذلك بقوله فان شرط الخ) أقول فيه إشارة الى أن الفاء تفسيرية (قوله والمراد بالقدر المشروط

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلم يله لا يربح الا هذا القدر فتقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه غنا ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما ينافي الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد

اذ لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اه (أقول) قد مر من ان حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان تكون جزءا منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير الى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم انهم ما قالوا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فمهما مر ولكم ما أصاب في ترك ذلك ههنا (قوله فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح الى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة أي على ما شرطنا كالنصف والثلث فله أي فله العامل (أقول) فيه نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسير للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدرين لوجهين أحدهما ان المسئلة الاولى أعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما ينشئ في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدايع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطاً أن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطاً لاحدهما نصف الربح أو ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرطاً لاحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فاعلم ان مقتضى في صورة ثلثه من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسر الا اعم وثانيهما ان حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المتخالفين في الحكم مفسر الا آخر فالحق عند أبي حنيفة أن الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدرين ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة

ما وراء العشرة) أقول في القاموس وراء مائة لا آخر مبنية والوراء مهموز لا معتل وروهم الجوهرى المذكورة ويكون خلف وأمام ضدو يؤنث انتهى فوراء ههنا يعني القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لا أحدهما من الثلث والنصف اذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح (قوله لان ذلك تغيير المشروع) أقول أي شرط العشرة

(وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يرج (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيم إذا لم يرج لا يستحق شيئاً (مع أنه فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى فإن قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد أجيب بأن الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند انقضاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحة (٦١) والثاني ان رأس المال عين استؤجر

المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الواحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا خزان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر الهندي وقيل المذكور ههنا قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما قال الامام الاسيماي في شرح الكافي والاصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد

وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنه فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة ولأنه عين مستأجرة في يده

المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنه فوقها (فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لا يبي يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه أدام العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند انقضاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كذا ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ما آله الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده لكن الكلام في جعله -م اعتباراً بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فأمل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معاً وما إذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فسادها فلا يخالفه بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرح حوايه (قوله ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستأجرة يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الواحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سيل مفعم عما بني للفعول وأسند للفاعل اذا المفعم اسم مفعول من أظمت الاناء ملائمة وقد أسند الى الفاعل لان السيل هو المائي لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستعجار قطعاً كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقاً لانه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فينبذ يجوز كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث

المضارب صحت أو فسدت أمانته لانه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية جعله أميناً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتامل (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجه الاشارة خلفه لا يخفى فليتامل (قوله لأن العين الواحد الخ) أقول فيه تامل

فقال (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها وأرضه سنة لزرها (فإنه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفي صورتين المذكورتين جعل المضارب وطمن الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصة (٢٢) العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضعية

على رب المال) أو عليهما والوضعية اسم لجزءها لا من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي في فم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس يصير وقوله بعده هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه

(قوله وكانت حصة العمل مجهولة) أقول فإن قيل هذه جهالة لا تفضي إلى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة قلنا العمل فاسدها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح الا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه اذ لم يتعين أنه أجرة الدار وحصة من الربح فهذا معنى قوله فيكون

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب

قال المستأجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي العين مستأجر العمل المضارب فيه اثنان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا آخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لأجير الواحد أن يؤجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لأنه أن أريد بالعين الواحد في قولهم مالان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد لأن الأجرة إذا كانت عقدا على العمل لأعلى المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجر الكثير من المستأجرين في وقت واحد كالفقار وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لا مكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجرا لا أكثر من واحد بخلاف أجير الواحد فإن الأجرة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لا آخر في الوقت الواحد كما تقر في محله وان أريد بالعين الواحد في قوله ما المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهما عملا في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد بل جريان هذا المعنى في كل أجير مشترك فإن ما يعمل به من الاعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب) قال في النهاية فإن قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعده هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وأما إذا كان شرط يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبته انتهى (أقول) هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام اذ المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الأصل فلا يمتنع الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في

حصة العمل مجهولة قلنا مل (قوله والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فإن هذا الكلام نفسه وان كان صحيحا في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة وفسد الشرط فليست

قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب الخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا يدرب المال فيه بتصرف أو عمل لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل لئلا يتمكن من التصرف فيه وبقائه يد غيره يمنع التخلص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقداً أو غير عاقداً كالصغير إذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز لأن يد المالك ثابتة له وبقائه يد غيره يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع (٦٣) المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام

ملكه وإن لم يكن عاقداً وإذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فإما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا فإن كان الأول كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي فكان اشتراط العمل عليهما مجزئاً عن المال جائزاً وإن كان الثاني كالأذن يدفع المال مضاربة فسدت لأنه وإن لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يدهما معاً عن صحة المضاربة والله أعلم قال (وإذا صححت المضاربة مطلقة الخ) المراد بالطلق ما لا يكون مقيداً بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئة ويشترى ما بدله من سائر

قال (ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يدرب المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل لئلا يتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً كالصغير لأن يد المالك ثابتة له وبقائه يد غيره يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام المالك وإن لم يكن عاقداً واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالأذن بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما مجزئاً عن المال قال (وإذا صححت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لا طلاق العقد والمفقه ودمنه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكل من صنيعهم وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وإن اللفظ دليل عليه لأنهم اشتقة من الضرب في الأرض وهو السبروعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض

نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي عطف لم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعلوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعلوم ليس يصير وقوله بعده هذا بخلاف شرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد للمعنى المقام لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضاً حيث قال أولاً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الربح والخسارة أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله وإذا صححت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هي هنا بأن لا تكون مقيدة بزمان

التجارات لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة فالعقد باطل لاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنيع التجار لكونه مفضياً إلى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لأنهم من صنيعهم ويسافر لأن المسافرة أيضاً من صنيعهم واللفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع إليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع إليه في غير بلده أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب إذا الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع فلما أعطاه عالم الغربة كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه فظاهر الرأية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني أنهم من صنيع التجار

(ولا يجوز لضارب أن يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكتاب والاعارة للاستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً وليس للودع والوكيل الأيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها (بخلاف الأيداع والابضاع لانهم ادونه فيمتنعون ما وبخلاف الاقراض فانه لا يملك به وان قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعاً كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع (٦٤) مضاربة والشركة والخلط بما لنفسه فن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول)

يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود هو الربح يحصل بها تعذر جهة الجواز فينبغي أن يرجع على جهة عدم أجيب بأن كلاماً من جهتي الجواز وعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها كما عرف (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لانه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها لوقف المأهول المقصود وهو الربح (وليس له أن يضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره

على الهالك من غير ضرورة وان دفع في غير بلد له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التخصيص عليه أو التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك أن يوكّل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الأيداع والابضاع لانه ادونه فيمتنعون وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فن صنيعهم وكذلك الشركة والخلط بما لنفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره

ولامكان (أقول) - هذا تقصير منهم جداً لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضاً نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضاً مع أنها ليست مطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع مالاً لمضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فانه مضاربة مطلقة وله ان يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكتاب والاعارة للاستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً وليس للودع والوكيل الأيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر ان قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لانه حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره يتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الأيداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المزبورة على الدليل

(قوله لأن المضاربة تضمنت

الأمانة أولاً والوكالة ثانياً وليس للودع والوكيل الأيداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لأن الثابت بالأذن المذكور فكأن الجرح ثم العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالية الأصلية ولما كان كذلك كان فكأن الجرح عن التجارة بمنزلة إسقاط الملك عن العبد بالاعتاق لأن فكأن الجرح عبارة عن إسقاطه ثم المعتق يعتق عبده فكذلك المأذون بأذن عبده فلا يخفى عليك ما في تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها) أقول أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقي كما سيجي فليست أملاً (قوله أجيب بأن كلاماً من جهتي الجواز صالح للعلية فلا يترجح غيرها) أقول الاظهر فلا يترجح أحدهما بالآخر (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول في تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم للسلعة أيضاً فان السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس الى بعضها أكثر

فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري ورجه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره (فصار غاصبا) وان لم يشتره الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج (واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتره ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده (٦٥) بالعقد السابق وأما اذا اشترى

بعضه فيه ويبعض آخر في غيره فهو ضمان لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة مصر ورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزم معتبر بالكل وتفريق الصفة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد أشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير) (التقرر للاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة

قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بهما وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفسه الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر للاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه

المذكور في الكتاب وهو وقوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهو لا يتصرفون بحكم الملكية أما المأذون فلا ان الاذن فلا الجرح ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم الملكية الاصلية وأما المكاتب فلا يشرعوا ايدا وأما المستأجر والمستعير فلا يشرعوا ايدا (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب النهاية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج اه (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء بخلاف المباحقة المصنف وغيره فيما ساقى من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان للاصل وجوبه وانما وجوبه بنفسه الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالجواب ان يكتفى بأن يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا موقوفا غير موقوف على شيء (قوله الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه) قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في النخبة انه لو قال بيع بالنسيئة ولا تبع

(٩ - قوله سابع) حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالجرح والولاية اليه) ونقض بما لو قال على أن يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بشئ كان غنى النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكأن النهي عن السوق فانه مفيد من وجهه من حيث ان (قوله وغيره) أقول أي غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول أي من كل وجه (قوله فان البيع نقدا بشئ كان غنى النسيئة) أقول جملة كان صفة بشئ واسم كان ضمير راجع اليه وقوله غنى النسيئة خير كان

البلدات أما كن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكاية إذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف أماكنه وغير مفيد من وجه وهو أن المصير مع تبين أطرافه جعل مكان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم بأن يكون في مصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالتمهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص وتقرير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به - هذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجلة ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط للتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو (٦٦) ان رب المال اذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم

جعل متعلقا به لئلا ينفو
واذا أعقبه ما يصح الابتداء
به لم يجعل متعلقا بما تقدم
لانتفاء الضرورة وعلى
هذا اذا قال خذ هذا المال
على أن تعمل كذا أرفى
مكان كذا أو قال خذ
تعمل به في الكوفة مجزوما
ومرفوعا وكلام المصنف
يحملهما أو قال فاعمل به في
الكوفة أو قال خذ بالنصف
بالكوفة أو قال لتعمل به
بالكوفة ولم يذكر المصنف
لأن قوله يعمل به بالرفع يعطى
معناه فقد أعقب لفظ
المضاربة ما لا يصح الابتداء
به حيث لا يصح أن يتبدئ
بقوله على أن تعمل كذا أو
بقوله تعمل بالكوفة أو
بغيرهما وهو واضح لكنه
يصح جعله متعلقا بما تقدم
فجعل قوله على أن تعمل
شرطا والمفيد منه معتبر
وهذا يفيد صيانة المال في
المصر وقوله تعمل به في
الكوفة تفسير لقوله خذ
مضاربة وقوله فاعمل به في

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل
به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذ بالنصف بالكوفة لأن
الباء للاتصاف أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف
فيصير بمنزلة المشورة

بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر
بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفا بالخير فلا يكون مخالفا خلافا لرفر وهذا كما لو وكله بأن
يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لرفر لأنه مخالفا بالخير اه (أقول) في كل واحد من
السؤال والجواب خبط أما في الاول فلا ن قوله أو على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب
في عكس قوله بيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لافي الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية
وأما في الثاني فلا ن قوله هذا مخالفا بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لأنه
اذا كان البيع بالنقد مخالفا بالخير فيما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون
البيع بالنسيئة في العكس مخالفا بالخير أيضا وهذا ظاهر جدا فالصواب أن يطرح حديث العكس
في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ)
يعنى ان معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به - هذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد
التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجلة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص
فتعتبر شرطها واثنان منها لا تفيد فتعتبر مشورة والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو أن
رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلذظ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا
يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة وهذا خلاصة ما ذكر
ههنا في جملة الشروح والكافي (أقول) فيه شيء وهو أنهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا
المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل ويجزئه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح
الابتداء به عمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء بآلفظين اللذين حصرنا فيهما
ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما ما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى
الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضا فأمل
(قوله أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير
بمنزلة المشورة) فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله أدالي ألفا وانت حر قلنا لأنه غير صالح للحال

الكوفة في معناه لأن الفاء فيها الوصل والتعقيب والمتصل المتعقب اليهم تفسير له وكذا قوله خذ بالنصف بالكوفة لأن ههنا
الباء للاتصاف ويقتضى الاتصاف موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا
المال مضاربة بالنصف اعلم بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلا ن مما يجوز الابتداء
به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال ان فعلت كذا كان أنفع فان قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أدالي ألفا وانت حر
(قوله فجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة) أقول
ويجوز أن يكون استثناء بيانيا (قوله وأما بالواو فلا ن مما يجوز الابتداء به) أقول اذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء
به وان لم يكن فلا يبطأ بتي الشرح المشروح فتأمل

أجيب بعدم صلاحته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ ل حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقيد لكونه مفيدا لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاها واقتضاء مناقشة في الحساب والتزهر عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لا فائدة الا اول يعني من أهل الكوفة التقيد بالمكان وهو الكوفة واذا اشتري بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقيد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره (قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعني غير الممكن في الاول والنوع في الثاني دليل على التقيد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى اللفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفي لامن غيره سواء كان بالكوفة أو غيرها وتقرير ما أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت المضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقيد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب (٦٧) أن يشتري من يعتق على رب

المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها كالمخوف بعته لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعنتقه فالتقيد لا يتحقق فيه وفي هذا الإشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكالة يشترط فيها أن يشتري من عبده مطلقا ان يشتري من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشترى عبدا أبعه فاشترى من يعتق عليه كان

ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقيد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقيد بالمكان وفائدة الثاني التقيد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت المضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بغيره) لانه لو قيل فيتوقف بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقيد بالزمان فصا كالتقيد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعنتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شرا عمالا يملك بالقبض كشرا الخمر والشرا بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكن بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالمكيل بالشرا اذا خالف قال (فان كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويقصد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا بالعبس لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وبما في الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب عما اذا قال خذه هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكرها في الجواب المزبور لعدم صلاحية

مخالفا ولهذا أي ويكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كالخمر والشرا بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالمكيل بالشرا اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احترز عن الصبي والعبس المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى عمال المضاربة ديناً عليه وأما شراء من يعتق على المضارب فبغيره تفصيل اما أن يكون في المال ربح أو لا فان كان لم يجز له أن يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويقصد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبي حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الاعناق فيمنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا بالعبس لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة

(قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ ل حال الاخذ) أقول وجعله حالا مقدرة بخلاف الظاهر

وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى به لا تنفاه المانع من التصرف حيث لا شركة له فإذا ازدادت قيمته بعد الشراء عتق نصيبه منهم
 لتملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لأن ازدياد القيمة وتعلقه الزيادة أي نصيبه من الربح أمر حكمي لا يصنع له في ذلك فصار كما إذا
 ورثه مع غيره كأمراة اشترت بز زوجها وأخت عتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى
 العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصه رب المال من الربح لأنه اختبست ماله العبد عند العبد
 فيسمى العبد فيه كما في الوراثة قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف الخ) وإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها
 ألف فوطئها فجاءت بولديساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى مؤسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف
 ومائتين وخمسين وإن شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وإنما قيد بقوله والمدعى مؤسر لنفي شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة
 المضارب وهو ضمان اعتاق (٦٨) في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب أن

المضارب وهو ضمان اعتاق

يضمن المضارب إذا كان
 مؤسرا ومع ذلك لا يضمن
 ووجه ذلك أن الدعوة
 صحيحة في الظاهر لصدورها
 من أهلها في محلها جلا
 على الفراش بالنكاح بأن
 زوجها منه البائع ثم باعها
 منه فوطئها فعاقبت منه
 لكنه أي الادعاء لم ينفذ
 لفقد شرطه وهو الملك
 لعدم ظهور الربح لأن
 كل واحد من الأم والغلام
 مستحق برأس المال كمال
 المضاربة إذا صار أعيانا كل
 واحد منهما يساوي رأس
 المال كما لو اشترى بألف
 المضاربة عبيدين كل واحد
 منهما يساوي ألفا فإنه
 لا يظهر الربح وإذا لم يظهر
 الربح لم يكن للمضارب في
 الجارية ملك وبدون الملك
 لا يثبت الاستيلاء واعتراض
 وجهين أحدهما أن

(وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى به) لأنه لا مانع من التصرف إذا لا شركة له فيه ليعتق عليه (فإن
 زادت قيمته بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لأنه لا يصنع
 من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع
 غيره (ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه) لأنه اختبست ماله عند نفسه فيسمى فيه كما في الوراثة قال (فإن كان
 مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولديساوى ألفا فادعاه ثم بلغت
 قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى مؤسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن
 شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر جلا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو
 الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعيانا والام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار
 أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح
 فنفذت الدعوة السابقة

قوله وأعمال به بالكوفة للخال وهي كون العمل بعد الأخذ لا وقت الأخذ جارية بعينها في قوله تعمل به
 بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للخال أيضا وأن قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم
 ومقصرين يرد أن يقال لم لم يكن الأمر كذلك في قوله وأعمال به بالكوفة فلا تنقسم مادة الأشكال
 بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال الخامس مادة الأشكال أن يقال إن قوله وأعمال
 به بالكوفة جملة انشائية وقد تقررت في العلوم العربية أن الجملة الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء
 كانت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتنبؤا بما
 يرد عليه الأشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا
 بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله وأعمال به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يزد على هذا
 شيئا فهو أيضا غافل عن عدم صلاحية الجملة الانشائية لأن تقع حالا ثم إن بعض الفضلاء تدارك
 ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر
 فكان أنه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لأن يقع حالا (قوله والمدعى مؤسر) قال الشراح وإنما قيد

الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله رجلا والثاني أن المضارب إذا
 اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الأول بأن
 تعيينها كان لعدم المزاحم لأنهما رأس المال فإن رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاوجة فذهب تعيينها ولم يكن أحدهما
 أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان بجملة
 واحدة وإذا اعتبر أجناسهم حصل البعض وبما يختلف العبدان فانه ما لا يقسمان بجملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق
 أجناسا مختلفة عند أي حصة قولوا واحدا وعندهما أيضا في رواية كتاب المضاربة وإذا امتنع القسم لم يظهر الربح فكان كل
 واحد منهما مشغولا برأس المال فإذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لأن سببها كان
 موجودا وهو فراش النكاح إلا أنهم لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فإذا زال المانع صار نافذا

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لأن ذلك انشاء لعرق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا وإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك حدوث الملك وأما ما نحن فيه فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذا أقر بجرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما مضاف إليه لأن الحكم إذا ثبت به ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا وأصله مسألة السفينة والقدرح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمنان الاعتاق يعتمد ذلك وإن انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخر من الاستسعاء والاعتاق فإن شاء استسعاها لا احتباس ماله عند نفسه وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعتق (٦٩) فإن المستسعى كالمكاتب عند

أبى حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسمى له في هذا المقدار قيل لم لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لأن الألف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك انشاء للعرق فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك حدوث الملك أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بجرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما مضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمنان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لأنه احتسبت ماله عند نفسه وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبى حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسمى له في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء فظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها فقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولده ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمنان تملك وضمنان التملك لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثته يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمنان الولد على مامر

بقوله والمدعى موسر لنفي شبهة هي أن الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمنان اعتاق في حق الولد وضمنان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن القيد المذكور لا ينفى الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفى الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سبأ في بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما مضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمنان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اه فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال انما قيد به تنبيه على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلا يلزم لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسمى له في هذا المقدار) قال في الكافي فإن قيل لماذا لا تجعل الامه رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لأن ما يجب على

فتكون بينهما وقد تملك المدعى نصيب رب المال منها بجعلها أم ولدا بالدعوة السابقة فيضمن وضمنان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثته فإنه يضمن لشريكه نصيبه كالأخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فإنه ضمنان اعتاق وهو تلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والمالك والمالك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب

(قوله وفيه نظر لأننا إذا جعلنا الجارية برأس المال وقد عتقت بالاستيلاء الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المحجب هذا

باب المضارب يضارب

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له الرب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يرجع فاذا ربح ضمن الاول للرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح أولم يرجع وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع على أولم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الابداع وهذا الدفع على وجه المضاربة واليهما أن الدفع ابداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يحنيفة أن الدفع قبل العمل ابداع

باب المضارب يضارب
مضاربة المضارب مركبة
فأخرها عن المفردة اختلاف
علمنا في موجب الضمان
على المضارب اذا دفع
المال الى غيره مضاربة ولم
يأذن له الرب المال فروى
الحسن عن أبي حنيفة
أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف
المضارب الثاني حتى يرجع
فالموجب هو حصول الربح
فان ربح الثاني ضمن الاول
لرب المال وقال أبو يوسف
ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا
عمل به ضمن ربح أولم يرجع
ثم رجع أبو يوسف وقال
ضمن بالدفع وبه قال زفر لان
ما يملكه المضارب هو
الدفع على سبيل الابداع
لعدم الاذن بغيره ودفع
المضارب مضاربة ليس على
وجه الابداع فلا يملكه
وايهما ان دفعه ابداع
حقيقة وانما يتقرر كونه
للمضاربة بالعمل فكان الحال
قبله مراعى أى موقوفا
ان عمل ضمن والا فلا ولا ي
حنيفة ان الدفع قبل العمل
ابداع

الولد من السعة عاية من جنس رأس المال والامسة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعة عاية لرأس المال أولى اه واقتنى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظرا لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم نعتق بالاستيلاء لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح لكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسقاء مقدم لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق رأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء فظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما اه الا أنه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية ونشبت بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في غشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستسقاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نفلا عنه قال قلت الولد راجحها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل تقف

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تملو الاولى ابدأ فكذا بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندى وذكر فيه ما وجه آخر أيضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلوا المفرد ابدأ واختاره صاحب العناية والعناية (أقول) فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بمدة مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربين قطعا لا ترى ان الثاني ابدأ يتلوا الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه

وبعد ابعاض والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا
لاشتراط الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كالمخالطة بغيره وهذا أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما
بالربح أو العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول (٧١) كلا منهما فان الاولى اذا كانت

فاسدة أو الثانية أو كليهما
جميعا لم يضمن الاول لان
الثاني أجبر فيه وله أجر مثله
فلم تثبت الشركة الموجبة
للضمان فان قيل اذا
كانت الاولى فاسدة لم يتصور
جواز الثانية لان مبناها
على الاولى فلا يستقيم
التقسيم أجيب بأن المراد
بجواز الثانية حينئذ
ما يكون جائزا بحسب
الصورة بأن يكون المشروط
لثاني من الربح مقدرا
ما تجوز به المضاربة في الجملة
بأن كان المشروط للاول
نصف الربح ومائة مثلاً
وللثاني نصفه (قوله ثم
ذكر في الكتاب) يعني
القدوري (يضمن الاول ولم
يذكر الثاني وقيل) اختياراً
منه لقول من قال من
المشايخ (ينبغي أن لا يضمن
الثاني عند أبي حنيفة
وعندهما يضمن بناء
على اختلافهم في مودع
المودع ومنهم من يقول رب
المال بالخيار بين تضمين
الاول والثاني) في هذه المسئلة
(باجماع) أصحابنا (و) هذا
القول (هو المشهور) من
المذهب (وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده) لكن لا بد من بيان

وبعد ابعاض والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال
فيضمن كالمخالطة بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل
الثاني لانه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل
ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع
وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون
ضامناً أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة
بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط الا أنه يظهر أنه ملكه بالضمان

قطعا وانما المراد من كسب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز أن يحصل
من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بعدا للحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب
(قوله وبعد ابعاض) قال بعض الفضلاء في بحثه والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنتز
للعامة الزيلعي اه (أقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بأنه ابعاض انما هو الدفع
لا عقد المضاربة والذي يتألف من ابعاض و يلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما
يلتزم الايداع قبل العمل والابعاض بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل
الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما في شرح الكنتز
للعامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فانه قال فيه ووجه المروى عن أبي حنيفة ان العقد
المجرد لا يوجب الضمان وله هذا الا يضمن الفضول بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه
ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منها
ان المضارب وكيل لان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة وأما أنه
وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج
الدراية أي الضمان عليهما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة
صحيحة وقال في العناية وشرح العيني أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على
ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يحتمل أن يكون المشار اليه ههنا وجوب الضمان
عليهما أي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه به ههنا الضمان على الاول متعين لان
المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم ير من المصنف الى الآن شيء يشعر بضمان الثاني
ايضا فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما واما ان اسم الاشارة أن يشار به الى
المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني
بما لم تشر رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا يصد
بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال وأما ان الثاني هل يضمن أيضا أم لا فينبينه بعدم مفصلا
بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بمنزلة عنه (قوله لانه ملكه بالضمان

فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه) أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة
نفسه) من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامناً ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة) الثانية (لانه ملكه بالضمان

باب المضارب يضارب

قال المصنف (وبعد ابعاض) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنتز العلامة الزيلعي

من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجوع على الاول بالعقد) أي بسببه (لانه عامر له) أي المضارب الاول (كافي المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامر للمضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة (٧٣) يعني أن المضارب الثاني عامر لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في

الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامر لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولانه مغرور ومن جهته في ضمن العقد) فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب الاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والاول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرئ عن نوع خيب) لانه ثابت من وجه دون وجه وسيله التصديق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما ذلك أي للمضارب الاول والثاني الثلث والسادس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين ألا ترى أنه لو أضع المال مع غيره أو أضعه رب المال حتى

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجوع على الاول بالعقد لانه عامر له كافي المودع ولانه مغرور ومن جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب الاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والاول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرئ عن نوع خيب قال (فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على أن مارزق الله فهو بينهما نصفان فرب المال النصف والمضارب الثاني الثلث والمضارب الاول السادس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فيتصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر الثلث للجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السادس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على أن مارزقك الله فهو بينهما نصفان فالمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فاقرقا (ولو كان قال له فماربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن مارزق الله تعالى في نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فيصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بماله (وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فسلم ينقضي في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد بملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند أبي يوسف ومحمد رجوع مال الله تعالى لا تحقق المخالفة بالدفع مالم يعمل وعند أبي حنيفة رجوع الله لا تحقق بالدفع ولا بالعمل مالم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاعم بالبيان والتعليل ههنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهم لكونه ظاهرا الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه

ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لا آخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسدلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه (قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والحجيب هو الاتقاني (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أي عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن الامن للمنفعة

(فصل ٧) لما كان المضارب بعد ادخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكره في فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا أن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فهو زان يكون احتراز عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فمكون رب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما أن يكون على العبد دين أولا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه لان ما هو شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب (٧٣) فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط

وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه لو كبل على ماتقدم وموت الموكل تبطل الوكالة وردها لو كان توكيلا لمارجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيئا كالو كبل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء له وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعدما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضاً كافي الوكيل اذا علم به وبأنه لو كان توكيلا لمارعاد المضارب على مضاربه اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالو كبل والجواب عن ذلك كله سيأتي

فصل في العزل والقسمة (قوله ثم عاد مسلماً كالو كبل) أقول قال الاتقاني فانه اذا رجع الموكل مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافاً لما روى عن محمد

وقد صرح في باب عزل الوكيل

فصل في العزل والقسمة قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لأنه لو كبل على ماتقدم وموت الموكل تبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

ذلك عنه وفيه بحث لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث انتهى (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلاً بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بياناً لما قيل وفي غيره لا خلاف في خلاف مخالفة بين البحث ومورده فضلاً عن المناقاة ثم ان محمول ذلك المنقول أنه اذا كان في عبد رب المال خلاف لافي غيره كان ذلك عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلاً كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله واعبد رب المال في مقابلة شيان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صححت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثالث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله واعبد رب المال عن الاجنبي أصلاً أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما اذا شرط ذلك فلا ن حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعاً فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما اذا لم يشترط ذلك فلا ن وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لالكونه اجنبياً فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله واعبد رب المال ألا ترى انه لو قال بدل قوله واعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولا اجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لم يخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضاً فلم يكن لقوله واعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلاً وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد المولى فيمتنع التخليه فقال هو جائز انتهى كلامه (أقول) هذا هو الحق عندي ولقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لان العبد يد امعتبره خصوصاً اذا كان مأذوناً ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخليه بين رب المال والمضارب تأمل تقف

فصل في العزل والقسمة أي في عزل المضارب وقسمته الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه لو كبل على ماتقدم وموت الموكل تبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذ من النهاية ورد بأنه لو كان توكيلا لمارجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالو كبل اذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعدما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كافي الوكيل اذا علم به وبأنه لو كان توكيلا لمارعاد المضارب على مضاربه اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالو كبل والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان الحقوق بمنزلة الموت
ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرفه ضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه
يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الا ترى عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان
علة عدم انزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الا ترى عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح
في المسئلة الا ترى المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذي يعلم عما ذكر في
المواضع الثلاثة الا ترى انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاثة وبذلك
لا يحصل الجواب عن الرد بالوجه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله القيد في الدليل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه توكيل بأنه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاثة المذكورة
وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل
المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فبتأكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في
الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يندفع فيه اختلافهما في الوجوه
الثلاثة المذكورة قلت حينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض
الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انما هو توكيل في بعض الاحكام
الذي من جملة ما نحن فيه قلنا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا بصيرورته
أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثله المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله)
وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح هـ اذا لم يعد مسلما
أما اذا عاد مسلما قبل القضاء لمحقه أو بعده فكان عقده المضاربة على ما كان أما قبل القضاء لمحقه
فلا نه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء به ولم كان حق المضارب كالموت كان
مات حقيقة وعزاه جماعة منهم إلى الميسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلا نه لو مات حقيقة بطلت
المضاربة قطعاً كما مر في المسئلة المقدمة آنفاً فكيف يصح قولهم كالموت حقيقة اللهم اذ أن بقيد
قولهم كالموت بحال كون المال عروضا فان المضارب لا يعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب وأما ثانياً
فلا نه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلماً بعد القضاء لمحقه هي مكان حق
المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضاً بضم هذه العلة فلي تأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل
المصنف هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتمديات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد
مسلياً وبين ما اذا عاد مسلماً بعد لحوقه بدار الحرب مرتد اسمياً بعد القضاء لمحقه أما ظهور ذلك من تعليل
المصنف هـ هذه المسئلة فلانه قال في تعليقه اياها لان الحقوق بمنزلة الموت عندنا ألا ترى أنه يقسم ماله
بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعاً كما مر فكذا بما هو
بمنزلة الموت وأما ظهره وعما ذكر في بعض المعتمديات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع
المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان رجوع إلى الاسلام بعد ذلك
نقد ذلك كله والتحقيق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وضار كأنه لم يرتد أصلاً وكذا اذا لحق بدار
الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم لمحقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم لمحقه للحكم
بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالمحاقه
بطلت المضاربة اهـ ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم لمحقه بدار الحرب بطلان
المضاربة لو عاد مسلماً بعد أن يحكم لمحقه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم
لمحقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل أن يحكم لمحقه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم لمحقه للحكم

وان ارتد رب المال عن
الاسلام والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب بطلت المضاربة
يعني اذا لم يعد مسلماً أما اذا
عاد مسلماً قبل القضاء أو
بعده فكانت المضاربة كما
كانت أما قبل القضاء فلانه
بمنزلة الغيبة وهي لا توجب
بطلان المضاربة وأما بعده
فلحق المضارب كالموت
حقيقة وأما قبل لحوقه
فيتوقف تصرف المضارب
عند أبي حنيفة لان المضارب
يتصرف لرب المال فكان
كتصرف رب المال بنفسه
وتصرفه موقوف عنده
فكذا تصرف من يتصرف له

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قوله - ثم جيعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رذته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جيع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطنا لأن عبارة صحيحة لأن صحته بالآدمية والتميز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة (٧٦) وتوقف تصرف المرتد في حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم

به فبقية المضاربة خلاص ما يلحقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لأن حكم العهدة يتوقف برذته لأنه لو لم يمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيرة بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالحكمة عليه ويرجع على رب المال قال (فإن عزل رب المال المضارب الخ) إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ابتوقف على علمه وإذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنع العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نسيء عن البيع نسيئة لم يبرأ منه لأن حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبني على رأس المال بتميزه ورأس المال انما ينض أي يتيسر ويحصل بالبيع ثم إذا باع شيئا لا يجوز أن

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقية المضاربة قال (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ابتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنع العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبني على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز أن يشتري بتمنأ شيئا آخر) لأن العزل انما يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحضار أن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض

بموته وإن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلان ما بعد القضاء بلحاظه وإن عاد مسلما وقال الإمام الأسيدي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء بالهوى ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لأنه انتقضت رذته قبل اتصال القضاء به فبطل حكمها اه ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا أنه لو عاد مسلما بعد القضاء لمحقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان أحدهما أن يكون قوله هذا ناظرا إلى قوله وإن ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد للاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أي هي غير باطلة وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظرا إلى قوله وقبل لحوقه بتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت أحدهما ولحق المالك من تدب الخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لأنه عبارة صحيحة اه واقتنى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والإيضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقا واللاحق المبطل إلى المالك فقط فدل على أن لحاق المضارب لا يبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندى إذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاظه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضا حيث قال في تعليل بطلان

المضاربة يشتري بالثمن شيئا آخر لأن العزل انما يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الأعمال قال هذا الذي ذكره أن كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيع بجنس رأس المال استحضار أن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض

وعلى هداموت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال (واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالأجرة

المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه فاذا كان كذلك فاني يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتداعلى ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاظه مصرح به في المعسرات قال في البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاظه لان رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اه فاللحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما يرشد اليه قوله في تعليقه ولا يوقف في ملك رب المال اذا لرب ان هذا القول للاختلاف عن التوقف في ملك رب المال عند أي خيضة اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عنده انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل اللحاق لا يبلغ هذا القول في التعليل وبشير اليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا فلا شك ان زيادة هذا القيد للايماء الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحق وانما الخلاف فيه قبل اللحق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أي خيضة ولا يتوقف عنده ما بل يتقيد فلا بد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد وهو الوفاق فيه قبل اللحق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هداموت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفي بعض النسخ وعلى هداموت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكلما ههنا في قوله وعلى ههنا اشارة الى قوله لا يمنع العزل من ذلك يعني لا ينزعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان المال عروضيا بل يبيعه بعد العزل كما لا ينزعزل بالعزل القصدى في تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض أي ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب ههنا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جازيعة على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على ههنا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظر لانه مع ابتناؤه على تأويل بعيد من حيث اللفظ محتمل من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو ونحو الموت انما هو اللحق بدار الحرب مرتدا وقد ذكره هذا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت وأما على النسخة الاولى فلا أنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت ونحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى للمضارب حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله * كما شرقت من القناة من الدم * فعلى هذا يقال بجواز الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفان حيث اللفظ ركيب من حيث المعنى لانه يوجب أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة ونحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع ونحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لانها ونحو العروض في ان المضارب لا ينزعزل بموت رب المال اه كلامه (أقول)

(قوله وعلى هداموت رب المال) يريد به أن العزل الحكمي كالفصدى في حق المضارب في كل موضع لم يصح العزل القصدى لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول الضمير في قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التائب من المضاف اليه وفيه شيء

وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض) حيث ذوالو وكيل متبرع (والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فله وجوب واجب أجيب بأننا لا نسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولا بد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يربح كل يضع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتغالها على النقل وانما فسر بذلك لان أجل رعايتهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البيع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير بيعا أو شراء فانهما (يجبران على التقاضي لانهم ما يعملان (٧٨) بالاجرة عادة) واذا وصل اليه أجره أجبر على تمام عمله واستخاره فلما يخلو عن فساد لانه اذا استوخر

على شراء شيء فقد استوخر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحتمال في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أن يكون وكلا معيناه ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل هكذا روى عن أبي يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الاصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كشل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له ثوابه حتى تسلم له

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقول له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كى لا يضع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لانهم ما يعملان بالاجرة عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التابع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بمحالها ثم هلك المال بعضه أو كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه ونسب له فاذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما مالانهر ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بيننا (ولو اقسما الربح ونسخا المضاربة ثم عقدا هلك المال لم يتراد الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر (فصل فيما يفعله المضارب)

الآن حصر الحق والعجب انه جعل هذا بعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظا ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه (أقول) هذا النقص مدفوع بان المراد أن المتبرع الغير ملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقص به وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير لازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذا القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل (فصل فيما يفعله المضارب) قال في غايه البيان وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي

عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل فتى هلك منه شيء ان استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقسما تراد الان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما أعد الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكا وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال (فصل فيما يفعله المضارب الخ) ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للافادة وتنبيه على مقصودية أفعال المضاربة بالعادة

قال المصنف (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ) أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات (فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بأن باع الى عشرين خرج منه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا وأما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليه او ظاهرا كلامه يدل على ان ذلك اذا كان (٧٩) للركوب لا يجوز واذا كان للعمل فهو

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والسبئية) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكريمها اعتبارا لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخرج الثمن جازا بالاجماع أما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى الا أن المضارب لا يضمن لانه أن يقابل ثم يبيع نسبته ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنقد بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو اختلف بالثمن على الايسر أو الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يمتثل بحال التيمم حيث يعتد برفيه لا ينظر لان تصرفه مقيّد بشرط النظر والاصل ان ما ينفقه المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بطلاق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جعلته التوكيل بالبيع والشراء للعاجزة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستجار والايدياع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بطلاق العقد ويملكه اذا قبل له العمل برأيه وهو ما يمتثل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال لمضاربة أو شركة الى غيره وخط مال المضاربة بحاله أو بحال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التتميم

المضارب يملك الاتالة والبيع نسيئة كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه لماذا كرنائه لو أقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحتمل عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي بحتمال عمل اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحتمل عليه أيسر ثم ذكر الاصل فيما يقوله المضارب بأنواعه الثلاثة وهو ظاهر

ثم قل (ولا يزوج عبدا ولا
أمة من مال المضاربة) لأن
التزويج ليس بتجارة والعقد
لا يتضمن الائتواكيل بها
(وجوز أبو يوسف تزويج
الامة لأنه جعله من الاكساب)
يلزم المهر وسقوط النفقة
والجواب أنه ليس بتجارة
وان كان فيه كسب فصار
كالاعتاق على مال لا يدخل
تحت المضاربة والله أعلم
قال (فان دفع شيئا من مال
المضاربة الى رب المال الخ)
فان دفع الى رب المال شيئا
من مال المضاربة بضاعة
فاشترى به رب المال وباع لم
تبطل المضاربة خلافا لفرق
فان رب المال تصرف في
مال نفسه بغير توكيل اذ لم
يصرح به فيكون مستردا
للمال ولهذا لا يصح اشتراط
العمل عليه ابتداء ولنا أن
الواجب هو التولية وقد
تمت فصار التصرف حقا
للمضارب وله أن يوكل ورب
المال صالح لذلك والابضاع
توكيل لانه استعانة ولما
صح استعانة المضارب
بالاجني قرب المال أولى
لكونه أشفق على المال فلا
يكون استرداد بخلاف
شرط العمل عليه ابتداء

(فسوله اذا لم يصرح به)
أقول فيه بحث

فمن هذا الوجه يوافق فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك وفوق لا يملكه
عطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدرهم
والدينار بعد ما اشترى برأس المال السلة وما أشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة
ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة
الوجوه وأخذ السفاق لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطائها لاقراض والعقود بمال وبغير مال
والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع شخص قال (ولا يزوج عبدا
ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكساب الا ترى انه يستفيد
به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الائتواكيل بالتجارة وصار كالكتابة
والاعتاق على مال فانه اكساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال
(فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى به رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال
زفر نفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكسلا فيه فيصير مستردا وله
لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التولية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح
رب المال وكسلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استرداد بخلاف شرط العمل عليه
في الابتداء

أيضاً في المدعى كما ترى (قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى به رب المال
وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال
حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً وكلا وبه صرح في الذخيرة
والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر في بيان ايهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن
يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فان منشأ ايهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله
من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعض الا ترى انه لو قال فان دفع ما أخذه من
مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع ايهام كمالا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال
فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشق
على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع الى رب
المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف
موهوما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة أو شيئا منه الى رب
المال بضاعة واشترى به رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى (قوله وقال زفر نفسد المضاربة لان
رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكسلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه
ابتداء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم
يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء (أقول) هذا الشرح لا يطابق
المشروع فان الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عن زفر في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال
نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل
تصح المضاربة عنده أيضاً في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروع أن علة ذلك عنده كون رب
المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكسلا فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكسلا لغيره فيما يعمل
في ملك نفسه ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر نفسد المضاربة لان رب المال متصرف
في مال نفسه فلا يصلح وكسلا فيه فان المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكسلا لغيره فصار مستردا انتهى

لا يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيل لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله اُجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجازى وكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال اُجاب بقوله (وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لا أدى الى قلب الموضوع) واقائل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبي أو لانا كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الا بضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بوجود بخلاف البضاعة فانهم اتوا وكيل على ما هو وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص البضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نقداً فقد نقض المضاربة اذا الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه ومن ضرورة ذلك انتفاض المضاربة وان صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل (٨١) فيها هذا أولى قال (واذا عمل

المضارب في المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه منزلة الوكيل والمستبضع عاملاً لغيره بأمره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا أنا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وقرنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بأنه

لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراه في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة العاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالاصل والى اذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالاتفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجبر وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شيء في يده بعد ما قدم مصر رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبية وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجبر يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالخجاز وانما يطل في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتباراً للتعارف بين التجار قال (وأما الدوا فحق ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لا يصلح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدوا بعرض المرض والى هذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها

(١١ - تكمله سابع) عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له يقين فلا يتضرر بالاتفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيئاً للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الراتبية كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراه كل ذلك بالمعروف وألحق بذلك ما كان من معدات تكثرتم في المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه اليه كالخجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسمح الثياب ماشياً في حوائجه بعد من الصعاليك ويقل معاملة فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جهة النفقة والدوا يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لا صلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقي) أقول فيه بحث (قوله ماشياً في حوائجه) أقول أي بنفسه

قال (واذا ربح أخذ رب المال الخ) يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح بأخذ رب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرط طان باع المضارب المتاع بعدما أنفق من ربحه حسب ما أنفق على المتاع من الجملان ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيتك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تهديد القوله وان صبغها أجرفه وشريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الألوان كالحجارة السوداء عند أبي حنيفة لان الصبغ (٨٣) عين قائم بالثوب فكان شريكاً بخلاط ماله بعمال المضاربة وقوله اعمل برأيتك ينتظمه فإذا

بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ بقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وانه باعه من ربحه قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فابينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصاره يفتح القاف والجمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا واد اصبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطى ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالاً منه فان قيل المضارب لما لم يكن له

قال (واذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع من ربحه حسب ما أنفق على المتاع من الجملان ونحوه ولا يحسب ما أنفق على نفسه) لان العرف جار بالحق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيتك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وان صبغها أجرفه وشريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الا يبيض على المضاربة بخلاف القصاره والجمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيتك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

(قوله فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيتك فهو متطوع) قال صاحب العناية وانما ذكرها بعد ما مر تهديد القوله وان صبغها أجرفه وشريك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشيء لانه ان أراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا وان أراد أنها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت به هذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تهديداً الثانية مع الاشتراك في المروءة والمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كل ما تركه وتفرع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسالك المعتاد في عامة المواقع (قوله واذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيتك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيتك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلاط ماله بعمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن وقال وجه هذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذوناً وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اه كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً انه اختار كونه

ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيتك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلاط ماله بعمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن وجه هذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذوناً وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

(قوله وسائر الألوان كالحجارة) أقول قوله وسائر متبداً وقوله كالحجارة خبره (قوله لان الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً) أقول هذا ناظر الى قوله وجه هذا اندفع ما قيل المضارب الخ

فصل آخر هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ماذ كره المصنف واضح ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالضمم على المضاربة والرجع بينهما على ما شرطوا ضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ماذ كرهه فخر الاسلام رحمه الله في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها زرافة ومضاربة فاذا باعها بألفين ظهرت حصته (٨٣) المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى

جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبني المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لانه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال بسلام المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربع بينهما نصفين (قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (لتغابر المقاصد) لان

فصل آخر قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها زرافة بألفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم يقدما حتى ضاعا فغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هـ هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا أنه حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما تبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما ابتاعه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لانه دفع مرة الف ومرة الف وخمسمائة (ولا يبيعه مراجعة الاعلى ألفين) لانه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد بأربعة آلاف فخصه المضاربة بثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربع بينهما قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بألف فانه يبيعه مراجعة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضى بجواز له تغاير المقاصد دفع الحاجة وان كان يبيع ملكه بملكه الا أن فيه شبهة العدم ومبني المراجعة

غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فمرعا لكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون حينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فمرعا لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صبيغها أحر جهتين مختلفتين أولا ههما خلط مال المضاربة بماله نفسه وثانيتها الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير ماذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله عما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هـ هذا الشارح ولا أوله الذي أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتسام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبار هـ ماذونا في فعله هذا وغير ماذون ثم أقول الصواب عندي في دفع ما قبل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل ماذونا أو غير ماذون الخ أن تختار كونه ماذونا به بقوله اعلم برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذا الاذن المذكور ليس بمقصود على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يتم التصرف في مال المضاربة منفردا أو منضمما الى غيره مما له جهة في التمييز كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شركا بالصبيغ انتظمه قوله اعلم برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة البعد على العبد وقوله (الا أن فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لانه لم ينزل عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به التام يكن في ملكه والشبهة ملحقه بالحقيقة في المراجعة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كنبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى أنه يبيع ماله بماله

فصل آخر (قوله وصوله الى الالف مع بقاء العقد) أقول أي عقد المضاربة

(قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبد قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء ما لهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال ورابعة على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيقدر بقدره وكان الملك بينهما ما أرباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازاً عما اذا كان عينين فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم (فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أمانة نصيب المضارب فلما يئناه) أنه صار مضموناً عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليه ما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما اذا ضاع الألفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجنابة والمستحق بها غزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهالك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً خارجاً عن المضاربة بخدمة المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسئلة (٨٤) المتقدمة وهي ما اذا ضاع الألفان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف

فاشترى بها عبد او هلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده أمانة) وقده هلك وقد بقي عليه الثمن ديناً وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانياً (لا يصير) المضارب (مستوفياً لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفياً كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهد بوصول الثمن الى البائع (بخلاف الوكيل اذا

على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمين ولو اشترى المضارب عبد بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدم ما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبد قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال ورابعة على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ما أرباعاً لانه لما صار المال عينا واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أمانة نصيب المضارب فلما يئناه وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليه ما لأنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجنابة ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً على المضاربة بخدمة المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبد فلم يتقدّمها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة في يده ولا يصير مستوفياً والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفياً لان الوكيل كالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكّل ببيع المصوب

مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخذ كرها (قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفياً لان الوكيل كالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكّل ببيع المصوب) يعني ان الغاصب اذا توكّل ببيع المصوب يصير وكيلًا

كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فإنه لا يرجع الامرة (واحدة) لانه أمكن أن يجعل مستوفياً لان الوكيل كالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكّل ببيع المصوب) فإنه يصير وكيلًا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمنا فيه وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو أنه قد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر جميعاً وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحية لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب ألفاً فضارب المصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعاً للحكم ولان المطلوب كونه مستوفياً والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفياً فثبت بدفع الضرر عن الموكل فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلاً فاما هنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وجعله على الاستيفاء بضر المضارب فاختارنا أهون الامرين

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الألف المدفوع

ثم في الو كالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على مامر

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الو كالة حتى لو هلك المصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر اجمعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الو كالة ولا نسلم صلاحته لاثبات حكيم متنافسين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فتثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجوع وجعله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلان قول المصنف لانه أمكن جعله مستوفيا لان الو كالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكل ببيع المصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بجماعة الو كالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلان قوله وأما كونه مستوفيا فتثبت بدفع الضرر عن الموكل ليس تام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلك في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بل ارب وأما ثالثا فلان قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الامرين غير متمش فيما اذا هلك الألف والعمد معا اذا لابق حينئذ شئ من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الرجوع والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جاري في هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحجوب ثلثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر في الكتاب والثاني أنا لو نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لا بطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجوع ولو حل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انزل عن الو كالة فلا يرجع على الموكل بعده فأما المضارب فلا ينزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى (أقول) في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر أما في الاول فلما عرفته آنفا وأما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة أما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل بتحقيق الرجوع في المرة

بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الناخذ لم تثبت فيه رواية نحوج الى الفرق بينهما وقوله (ثم في الو كالة) للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا في الثاني لا يرجع أصلا وكلامه فيه واضح والله أعلم

(قوله بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع) أقول حيث يجري بينهما مبادلة حكيم كما تقدم

فصل في الاختلاف أخر هذا الفصل عما قبله لأنه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إلى ألفا ورجحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة (٨٦) وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف

فصل في الاختلاف قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا ورجحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمضارب ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمضارب نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا إذا أنكر الزيادة وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للآثبات وإذا كان في صفة رأس المال كما إذا قال من معه ألف

في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالتغاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمضارب ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمضارب نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا إذا أنكر الزيادة وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للآثبات وإذا كان في صفة رأس المال كما إذا قال من معه ألف

الأولى أيضا لعله من كورة وأما اقتضاء الثالث أيه فلان انه زال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاستبراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاستبراء رجوعا عما حدث بعد زوال الأمانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى وأيضاً رد على الوجه الثاني ما أورده ثانياً والثالث على جواب صاحب العناية عن نظيره تأمل تقف ثم أقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاءً لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فإنه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فإذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه فإذا هلك بعد ذلك لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الأمر فيما إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً له قبض بعده أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصير مستوفياً فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل

فصل في الاختلاف أي في الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودیعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه اهـ وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه مجرد احتمال أن يكون مضارباً في الأول مما لا يقبله فطرة سليمة جداً والأقرب عندي أنه سماه مضارباً للشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبعه * قلت اطبخوا لي جبة وقيصا (قوله لان المضارب يدعي عليه التملك) حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعي عليه التملك على

درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد رجحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة لربح أو شرطاً من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودیعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لا يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لانها ثبتت التملك

تملك
عنه تقويم عمله بمقابلة لربح أو شرطاً من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودیعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لا يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لانها ثبتت التملك

ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لا تنافي بينهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب بالضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان أقامها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال أما اذا أنكر الخصم فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا (٨٧) أنكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نفيًا له عن

العموم وله أنه ينتهي عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصًا فهنا أولى وان كان بعدم ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسًا واستحسانًا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع عينه استحسانًا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح ومالك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكًا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعًا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن مستفاد من جهةه والبينة بينة المضارب قال المصنف (لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة) واعترض عليه بأن البينة لا تثبت الا بالنفي وبأن الاخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه اني الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الاخر انما هو النوع الذي يدعيه الاخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لانه ليس بمدعى شيًا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادًا من جهته كما تقر فيما مر اتفاقًا كان ما يدعيه ثابتًا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذا النكته قال المصنف وعدم حاجة الاخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الاخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكل ما ذكره المصنف هنا فتدبر (قوله ولو وقتت البينتان وقتًا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره أنقام ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما قوعًا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتًا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

تملك الربح حيث قال أي تملك الربح وملك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تملك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتملك ههنا تملك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فأمر تابع لتمكن أصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح أما أولا فلما أشرنا اليه من ان الاصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروغ ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد تنقل عن دعوى تملك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وأما تملك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضا اشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال أقوى بالقبول لاثباتها أمرًا عارضًا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الأمر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتأمل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده أيضا اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة واعترض عليه بأن البينة لا تثبت الا بالنفي وبأن الاخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه اني الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الاخر انما هو النوع الذي يدعيه الاخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لانه ليس بمدعى شيًا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادًا من جهته كما تقر فيما مر اتفاقًا كان ما يدعيه ثابتًا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذا النكته قال المصنف وعدم حاجة الاخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الاخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكل ما ذكره المصنف هنا فتدبر (قوله ولو وقتت البينتان وقتًا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره أنقام ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

تصرفه ويلزمه اني الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الاخر ولا يحتاج الى بينة (ولو وقتت البينتان وقتًا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم يوقت أو وقتا على السواء أو وقتا احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما مع الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا عذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

كتاب الوديعة

والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى الى الأعلى لان الوديعة أمانة لا تملك بشئ وفي العارية تملك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تملك العين بلا عوض وفي الاجارة تملك المنفعة بعوض وهي أعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بل لازم ومن محاسنها اشتغالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله تعالى واستجابه الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور بتهاطبها من حيث التعاضد وقدم مرارا ومثروا عينا بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها باطلاقة وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها ترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليم على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندي وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب فمضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الابداع عقد استحفاظ وحفظ الشئ بدون اثبات اليد غير متصور فابداع الطير في الهواء والعبد الابن غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده

التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف ولو وقت البيتان الخ وان لم يوقتا أو وقتا على السواء أو وقتا احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال (أقول) يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف من ان البينة بينة المضارب اذا لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقت البيتان الخ شيئا من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحها وتمثيله فقط ولكن قال بعدما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعوم وفي دعواهما الخصوص واحدا وذكرا في الذخيرة من مصلامندرجا فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقت البيتان الخ فكان ذلك المسائل في تحسير صاحب النهاية منسوب الى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لا عتراه بأن ما ذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدم في أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى الى الأعلى لان الوديعة أمانة بلا تملك بشئ وفي العارية تملك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بل لازم فكان في الكل الترقى من الأدنى الى الأعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيه اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من أشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والحيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة أقامت المملوك مقام المملوك والحيانة أقامت المملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليهنئين أقوام عن ودعهم الجمعات أي عن تركهم اباها قال شمر زعمت النخوية ان العرب أما توامص صدر يدع والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شئ يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها ترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الابتأويل بعيد لا يساعد لفظه وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليم على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاهي المال المودع الذي يترك عند الامين لانفس التسليم على حفظ المال وان التسليم على حفظ المال هو الابداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الابداع لغة تسليم الغير على حفظ أي شئ كان مالا أو غير مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته آياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فأنامودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفخ فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليم الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الابداع بالتسليم المزبور دون الوديعة وقالوا والمال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضاهي لان

قال (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جازم على الاخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلك لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاغلال الخيانة الا أن الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظرا لانه ذكر في غريب (٨٩) الحديث أنه قول شريح ليس بحديث

مرفوع وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولأن شرعيتها الحاجة للناس اليها فلو ضمننا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (والودع أن يحفظها بنفسه وعن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا أودع عند هاشم جازلها أن تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم عن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم يضمنه عن الدفع اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله عن في عياله فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روى عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله أودع الى أمين من أمثاله عن يمينه في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك

قال (الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلك لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولأن الناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمننا امتنع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم قال (والودع أن يحفظها بنفسه وعن في عياله) لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

محصول ذلك ان معنى الابداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول أيضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال أودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان الاثني بهم أن يقولوا أودعته شيئا أودعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحب الكافي والكفاية بعد ان قال الابداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال قال أيضا يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهد به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان الاثني بهم ما جحد ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف يجوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردي الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصلا وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون

(١٢ - تكمله سابع)

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول مخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صيغة (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جازم على الاخص) أقول فيه أن الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لا يجذب من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان
المالك راضيا به

بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جازجل الا على الاخص اه
كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منه بل
المراد بالوديعة ما يترك عند الامين اه (أقول) قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الوديعة
بهذا المعنى مبينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ ان لا يصح قول المصنف الوديعة امانة في يد
المودع اذا التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع ولكن دفعتم - ما معا بمحمل
كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب
التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا
أن تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه
وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لا بد من المصير اليه تصحيح الكلمات ثقات الناظرين في هذا
المقام فان ذنبك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ألا ترى انه قال في النهاية والكفاية
فالوديعة هي الاستحفاظ قصد او الامانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان
الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصد او الامانة قد تكون من غير قصد
الى غير ذلك من عبارات المشايخ بنى ههنا شي وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة
بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في أوخر باب الاستثناء من كتاب
الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كالقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع
اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقته ثوبا في دار انسان وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من ان
الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من
غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أودعتها كان على
هذا الخلاف وقد نبت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه
الى الامام بدر الدين الكردي كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لما هو
غير مضمون فكان قوله هو امانة عنده أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه
حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة
بالإيجاب والقبول فكانتا متغايرين فصح ايقاعهما ما مبتدأ وخيرا اه (أقول) فيه نظرا ذلوا كان
المراد بالامانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتج الى ذكر قوله اذا هلك لم يضمن للقطع
بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلك لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه
الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون
ليس كذلك وليت شعري أي علم هذا من أقسام الاعلام اه كلامه (أقول) دفع هذا سهل لان
لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الأجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد
وسبحان فانه علم لجنس التيس الى غير ذلك من اعلام الأجناس التي ذكروها في كتب النحور وبينوا
دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فن أنقن مباحث ذلك في محالها
لا يشبه عليه الامر فيما نحن فيه (قوله ولانه لا يجذب من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته
ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به) أقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك
راضيا به يشعر بكون مدارج جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها

(قوله ولانه) دليل آخر على
ذلك وهو أنه أي المودع
(لا يجذب من الدفع الى
عياله لانه لا يمكنه ملازمة
بيته) لا محالة (ولا استحباب
الوديعة عند خروجه) وهذا
معلوم للمودع (فيكون راضيا به)

فان حفظها بغيرهم) بأن تركه يتنافيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها بغيرهم) بأن نقلها من يده وأودعها عند غيرهم (ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره) الحال أن (الأيدي تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك ايداع الوديعة أيضا وخطوة ظاهر لان قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان أهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بذكره ههنا اجالا وهو أن المستعير مالك للثمن والمأذون يتصرف بحكم المالك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التملك (٩١) (والوضع في حرز الغير ايداع) كال تسليم

اليه فيوجب الضمان (الا اذا استأجره فيكون حاقطا بحرر نفسه) (قوله الا أن يقع في داره حريق) استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره أو الالتقاء الى سفينة أخرى طرريقا للحفظ فيكون مرضى المالك وينتفي الضمان لكنه متم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقط للضمان بعد

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كلو كبل لا يוכל غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حاقطا بحرر نفسه قال (الا أن يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا بينة لانه يدعى ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدّر على تسليمها ضمنها) لانه متعدد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بما ساء له بعده فيضمنه بحبسه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقال اذا خلطها بجنسها شره ان شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير له ما أنه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاك من وجهه دون وجه فيميل الى أيها شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل بتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانهم من موجبات الشركة

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى مالا يد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجزى بد من الدفع الى عياله فالأولى أن يتركه فكان المالك راضيا به ويقال بدله فان امتناع الحفظ بعينه يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدرى للامام الزاهد (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة) أقول فيه أيضا شي وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يده نفسه فالظاهر أن يقال لان المالك رضى بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدرى للامام الزاهد حيث قال لان الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاهم رضاه بغيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لانهم من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة اه (أقول) هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست

يرضى به المودع فاذا طالبه لم يرض بعد ذلك بما ساء له وقد حبسه فصار ضامنا والخلط التافي لتمييز تعدد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة وقال ان خلط بالجنس شره ان شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بخلها والسود بخلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والاعتذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجهه دون وجه فيميل الى أيها شاء ولا يحنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمة وهي من أحكام الشركة

(قوله لان الايداع استحفاظ لا حفظ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ولا معتبر بالقسمة لانهم من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة

(فلا تصلح موجبة لها) لتلايق قلب المعلول علة (ولو أبرأ) (المالك) الخاطا سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لاحق له الا في الدين وقد أسقط
وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابراء اليه فتبقى الشركة في الخلوط و) ان خاط المائع بغير الجنس ك(خلط الحل) بالحاء
المهملة وهو دهن السمسم (زيت الزيتون) صار مذهبهما كذهب أبي حنيفة (يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك
صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا
القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خلط الخنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك
كالجواب في خلط الخنطة بالخنطة فكان على الاختلاف المذكور (لان أحدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيعذر التمييز) صورة ومعنى (وان
خاط المائع بجنسه أو جب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابع الاكثر) فيكون الخلوط لصاحب الكثير
ويضمن لصاحب القليل (اعتبار الغالب أجزاء وعند محمد شركة بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لان الجنس لا يغلب الجنس
عنده ما صر في الرضاع) اذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع ثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد (ونظيره خلط الدراهم
بمثلهما اذا بصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلفا صار اشركين لانه لم يصنع شيئا
يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذا الاصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على
الشركة (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خلطا لا يقال فاجعل الرد قضاء
لا لخطا لعدم تفرد بالقضاء بغير محضر من صاحبه (٩٣) ولو لم يرد ما أنفق كان ضامنا لما أنفق دون ما بقي منه لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق

لم يتعيب الباقي فان هذا
مما لا يفتره التبعض اذا
الكلام فيه وان أخذ ولم
ينفق ثم بدله فرده الى موضعه
فهلك فلا ضمان عليه
لان أخذه لم يناف الحفظ
وبعبر الدنية لا يصير ضامنا
كما لو نوى أن يغصب مال
انسان ولم يفعل قال (واذا
تعدى المودع في الوديعة
الح) واذا تعدى المودع في
الوديعة فركب الدابة أو
لبس الثوب أو استخدم
العبد أو أودعها عند غيره ثم

فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخاطا لا سبيل له على الخلوط عند أبي حنيفة لانه لاحق له الا في الدين وقد
سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فتعين الشركة في الخلوط و خلط الحل بالزيت وكل
مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الخنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما
لا يخلو عن حبات الاخر فيعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق
المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابع الاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد
شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما صر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلهما اذا بصيرورته
لائه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شرك فيهما) كما اذا انشق الكيسان
فاختلفا لانه لا يضمهما لعدم الصنع منه فبشركة كان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم رد
مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال
(واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم
أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع
حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لا طلاقه وارتفاع حكم العقد
ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد

أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار
ضامنا لان الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافى الاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان
الامر باق لا طلاقه عن التمسيد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة
ثبوت نقيضه وهو الامانة بالخالفه والثابت بالضرورة بتقدير بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته مادامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى
ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بأن الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد لا من
الاصل كالخود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاقرار بعد الخود وأجيب بأننا لا نسلم أن المخالفة فيه رده من الاصل لان بطلان
الشيء انما يكون بما هو موضوع لا بطلاله أو بما يتنافاه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوع لا بطلال الا بداع ولا تنافيه ألا ترى أن الامر
بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعك وهو مستعمل بخلاف الخود فانه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون ردا
لقول مثله ألا ترى أن الخود في أوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم أو غيره ليست بردول هذا لا يكفر بها

(قوله لان أحدهما لا يخلو عن حبات الاخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ (قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا لخطا لعدم
تفرد) أقول قوله لعدم تفرد جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة) أقول الظاهر أن
يقال وهو الخيانة

(قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسألة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للعقد شهر افترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعتبر بأن هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد بده بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد لازم وغير لازم في الانتفاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورود العقد على منفعة الحفظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقية البقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله (فصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر وقوله (ولو جدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو جدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندي فقال ليس لك عندي وديعة (خلافا لزر) وانما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذکور (٩٣) في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر

ويعقوب فذكر كذلك وجه قول زفر أن الجود سبب للضمان سواء كان عند المالك أولا كالاتلاف حقيقة ووجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل وموثة قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله ولا

كما اذا استأجره للعقد شهر افترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجددها ضمنها) لانه لما طال به بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامسالك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يسر أعن الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من جهته والجود فسخ من جهة المودع كجود الوكيل الوكالة وجود أحد المتساقين البيع فتم الرفع أولان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كولو كمال بملك عزل نفسه بمحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزر لان الجود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بمحضرة قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل وموثة عند أبي حنيفة وقال ليس له ذلك اذا كان لها حمل وموثة) وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رجه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا وله ذلك الاب والوصي في مال الصبي

من موجبات الشر كقطع اذا لا شك أنه لا يجب على المشتري كين في شيء قسمه ذلك الشيء بل يجوز أن يتصرف فيه على الاشتراك من غير قسمه أبدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمه لا القسمه نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمه فيما نحن فيه علة موجبة للشر كة لثلاثين قلب المعلول علة فان المعلول هنا عنده ما جواز الشر كة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشر كة ونفس الشر كة بعد أن تتعلق مشيئته به او كلاهما كانا بوجبان جواز القسمه تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل وموثة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا

فرق بين السفر الطويل والقصير وقال ليس له ذلك اذا كان لها حمل وموثة وقد تقدم معنى الحمل والموثة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها حمل وموثة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر به بالحفظ مطلقا فلا يقيدهم كان لا يقيده بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محل للحفظ أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا وله هذا أي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جازله ما ذلك قبل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يحاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولا يهتم على مال الصبي نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق اتفق وهم التلف

(قوله قبل لان هذا الخ) اقول قائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأهله الخ) اقول مخالف لما في غاية البيان (قوله لان ولا يهتم على مال الصبي نظرية) اقول لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا باقائه هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً (٩٤) قياساً على الغبن اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو

الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلاً شهراً بدينهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قوليهما وتقرر به سلماً أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امثال المودع أمره فانه أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان فهو لعني راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم في المصير) جواب عن قول الشافعي يعني ان المعتاد كون المودع وقت الايداع في المصير (لاحفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد واذانها المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقيد مفيد اذ الحفظ في المصير ابلغ فكان صحيحاً) قال (واذا أودع رجلاً عند رجل وديعة الخ) اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجب بر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقال يدفع اليه

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حل ومؤنة والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصير لاحفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد (واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقيد مفيد اذ الحفظ في المصير ابلغ فكان صحيحاً قال (واذا أودع رجلاً عند رجل وديعة فخرج أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقال يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للعاضرين أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك والخلاف في المكمل

كان الطريق آمناً فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق واذا كان آمناً وله بدمن السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اه (أقول) هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقبول القول في قالوا مجموع ما ذكره بان كان قوله اذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزاءه فسد المعنى جداً اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسماً مما كان آمناً فيلزم أن يكون ضد الشيء قسماً منه وهو باطل قطعاً وان كان مقبول ذلك قوله اذا كان الطريق آمناً فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً للحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمناً وله بدمن السفر الخ تفصيلاً للحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا اذا كان الطريق آمناً ما هو عام اما كان له بدمن السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان آمناً وله بدمن السفر فكذلك منافياً لذلك قطعاً وان أراد بذلك ما هو مقيد بأن لم يكن له بدمن السفر فرفع كون الانظ غير مساعد له بنافية قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصير للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ وبطل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعده واذانها المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة اذا كان الطريق آمناً وله بدمن المصير للحفظ فيه وانما ذكر ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفاً وان عين المالك المصير للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمناً ما اذا كان مخوفاً وله بدمن السفر فخرج بها وكذا الاب والوصى وان لم يكن له بدمن السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها في أهله كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه وتحرير صاحب الكافي ومعراج الدراية حيث قال هذا اذا لم يعين المالك المصير للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ في المصير فساfran كان سفره منه بضمن وان كان سفره الا بدله منه فان أمكنه الحفظ في المصير مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصير ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالتين فغلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للعاضرين أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القسود روى من قوله وديعة المكمل

نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القسود روى من قوله وديعة المكمل

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكروا الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهريّة ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع (٩٥) وحكاية الجاهلي في المسئلة مشهورة لهما

انه طالبا به بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كافي الدين المشترك وهذا انه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ومن طالب

ماسلم لم يمنع منه ولهذا كان له ان يأخذه وان كان في يد المودع بالاتفاق ولا يبي حنيقة لان سلم انه طالبا به بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه

يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة

بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أي حق المديون لان الديون تقضى بأمثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون يتصرف في

مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كواقع في الشروح ومعناه

لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها

والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبا به بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كافي الدين المشترك وهذا انه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولا يبي حنيقة انه طالبا به بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بأمثالها

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بمحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك أن الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو اُفاد بذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكور فيه غير متناول للمكيل أصلا يعقضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراية

قال أبو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله ان يأخذه بيانة فلما قال في الجامع ليس له ان يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للآخر فلا

يؤخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا لغيره أخذه قسمة برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) في الفائدة الأخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة

عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فيثبت ذلك يظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه) أي حق المديون (لان الديون تقضى بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها

قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى (أقول) هذا النظر في غاية السقوط لان المديون مأمور بالتصرف في ماله بالدفع الى من يجب له عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلم يتم تصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من أن يقضى بمثله وجب على المديون

للسداد دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائته فكان مأمورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبذله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال

والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعني المذكور في الجامع الصغير (قوله أي حق المديون) أقول يعني ماله (قوله وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك) أقول يشكك بدفعه قوله لان الديون تقضى بأمثالها

وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قوله - ما ولهذا كان له أن يأخذه وتقر به جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما إذا كانت له ألف درهم ودبعة عند إنسان وعليه ألف لغیره فلو غرمه أن يأخذه إذا طفر به وليس للمودع أن يدفع اليه قوله (وان أودع رجل عند رجلين شيئا يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتصمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك الجواب عنده في المرتين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر وقال لا أحدهما أن يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه أثناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال

صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك بطالب الديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أول فلان كلام المصنف لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المدينون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالب به بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بأمثالها إذ كون قضاء الديون بأمثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المدينون بتسليم حقه نفسه لان المثل مال المدينون فلم يكن حق الشريك بل كآب حق المدينون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المدينون وهذا مما لا استرقبه وأما ثانيا فلأن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الإنسان مأمورا بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمسدفع مأوضه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو لا ممان على مامر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع إلى القائل المعهود في الذهن أي قول القائل نصرة لقوله كما إذا انتهى ولا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه أفراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الامام عجله أن يأخذه تقر به ان جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكاكه عنه كما إذا كانت له ألف درهم ودبعة عند إنسان وعليه ألف لغیره فلو غرم المودع بالكسر ان يأخذه إذا طفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في العناية وغيرها (أقول) هنا شك وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغیر فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده بجواز أخذه غريم المودع بالكسر ما أودعه عند إنسان إذا طفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجوير أخذ الشريك

(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلي زوجتك فسلمها إليها لا يضمن) معناه إذا لم يكن له من التسليم إليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (إذا نهى أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهى عن الدفع إلى غلامه أو كانت شيئا يحفظ على أيدي النساء فنهى عن الدفع إلى امرأته (وهو محمل الأول) والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيدا والعمل به ممكن أو جازا أو مخالفة فيه توجب الضمان وإذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن وإذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به (٩٧) قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ)

إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة وبخبر رب المال في تضمن أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمنين لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأول متعديا بالتسليم إلى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له ف يرجع عليه بما لحقه من العهدة ولا يبي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع إلى من يحفظه بحضرة كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فإذا لم يكن بالدفع

قال (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلي زوجتك فسلمها إليها لا يضمن وفي الجامع الصغير إذا نهى أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهى عن الدفع إلى غلامه أو كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهى عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيدا فيلغو (وإن كان له منه بد ضمن) لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهى عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الثاني وهذا عند أبي حنيفة وقاله أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الآخر رجوع على الأول) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا إن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضرة رأيه فلا تعدى منهما فإذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألفت في حجره ثوب غيره

الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك إليه عند أبي حنيفة لما احتج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذ هذه إلى التثبت بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أخذ ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضا فالجواب المزبور أيضا انما يمتشي على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذ هذه فكذا هو يؤمر بالدفع إليه ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا أنه أن يأخذ نصيبه من المودع

(١٣ - تكمله سابع)

ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمنين فلم يوجد تعد منهما فإذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألفت في حجره ثوب غيره

قال المصنف (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول في أوائل كتاب الصلح من المبسوط المودع إذا وقع الحسرتى في بيته فنال الوديعة جازاله كان ضامنا في القياس انتهى لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه فضاوان لا يدفع إلى أجنبي ثم قال في المبسوط وفي الاثنان لا يكون ضامنا لأن الدفع إلى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة

(واذا كان في يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما أنه له أو دعها الخ)
فادعى رجلان كل واحد منهما أن له أو دعها الخ (ظاهر سوى ألفاظ ذكرها قوله لتغاير الحقيين لان كل واحد منهما يدعى ألفا قوله وان نكل أغنى الثاني أى بعد ما حلف الاول قوله ولا يقضى بالنكول يعنى الاول لان الثاني ربما يقول انما نكل لك لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

قال المصنف (ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بان يودعه أحدهما فبشترى المودع به سلعة من الآخرو يسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقيين لان كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول لا بل يدعى الالف المعين الا ان يراد باعتبار المال والظاهر ان تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في عينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا عينه

قال (ومن كان في يده ألف فادعى رجلان كل واحد منهما أنه له أو دعها اياه وأبى أن يحلف لهما قال الف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيين وبأيهما بدأ القاضي جاز له عذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيًا للثمة المبيل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء له - ما عدا حجة وان نكل أغنى الثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل الاول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا أقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن قوله مالو كان في أيديهما - ما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم اذا أخذ من مال غيره بجنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهو - ذامع - في قوله كما اذا كان له ألف درهم وديعة عنه - د انسان وعليه ألف لغريمه فله غريمه أن يأخذ منه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستفصاح يتضح - هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ان تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا عند اثنين بكاه كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كافة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخرو يسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى (أقول) ليس هذا بشيء لان ما ذكر في أصل المسئلة من قوله فادعى رجلان كل واحد منهما أنه له أو دعها اياه يدل على أن كل واحد منهما ما ادعى انها ملكة في الحال أو دعها اياه ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكا لاثنتين بكاه في حالة واحدة ولا أن يكون مودعا من اثنين بكاه في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال ابداع أحدهما الالف من هي في يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه به سلعة من الآخرو وتسليمها اليه فكيف يحتمل أن يصدق قامعا في دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقيين لان كل واحد منهما يدعى ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما ما ادعى ألفا معينا وهو ما في يده المدعى عليه كما صرح به في وضع المسئلة والنقود تتعين في الودائع على ما تقر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبيين فنأين يدل هذا على تغاير الحقيين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقيين بينهما أخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في عينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا عينه انتهى (أقول) ليس هذا بغيره ههنا لان ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق في عينه انما هو عدم الاكتفاء لتخليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلب ههنا بل يحصل بتخليفه لهما معا وانما الذي يقتضى تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراه أن يكون لكل واحد منهما - ما حق في عينه ألا ترى أنهم مالوا دعيان من أحدهما شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في عينه فطعامه أنه لا يجب هناك تخليفه لكل واحد منهما - ما على الانفراد والظاهر في تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما ما بانفراده لان كل واحد منهما ادعى بانفراده

(قوله فيكشف وجه القضاء) بأن يرضى بالالف الاول والثاني أو لهما جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله الاول (ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لأنه) أي لأن المودع المنكر (أو جب الحق لكل واحد منهما ببذله) عند أبي حنيفة (وبإقراره) عندهما (ولو قضى الاول حين نكل قال الامام علي البرزوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني وإذا نكل يرضى بينهما لأن القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لأن القاضي قد علم ما باختياره أو بالفرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر أنه إذا حلف الثاني ماذا حكمه وقال أخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يرضى بتكوله الاول وقوله (ليكونه اقرارا) أي ليكون النكول اقرارا (لدلالة) وقوله (ما هذا العبد لي) يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لأنه لما أقر به الاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره للقاضي لأنه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله (بناء) أي قال الخصاص بخلفه (٩٩) عند محمد بن سنان (على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى

غيره يضمنها عند محمد خلا فلا يي يوسف) كما إذا أقر بالوديعة لانيسان ثم قال أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها الى الاول لأن اقراره به صحيح ورجوعه به بعد ذلك باطل ويضم من اللان خرقتهما لاقراره انها للثاني وأنه صار مستهلكا على الثاني لاقراره به الاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا إذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلا فلا يي يوسف لان مجرد اقراره لم يفوت على أحد شيئا وإنما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلب القاضي على القضاء بها الاول لاقراره وقد أقر أنه مودع للثاني والمسودع إذا سلب على الوديعة غيره صار ضامنا والمسئلة تفريعات

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فيأمر أن يؤخره ليحلف للثاني فيكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني أيضا يرضى بينهما انه فمين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقام البينة ويغرم الفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي الاول حين نكل ذكر الامام علي البرزوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني وإذا نكل يرضى بينهما لأن القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لأنه قد علم ما بنفسه أو بالفرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاص انه ينفذ قضاؤه الاول و وضع المسئلة في العبد وانما نفذ لصادقة محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى الاول ولا ينتظر لكونه اقرارا لدلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار الاول وهل يحلفه بالله ما هذا العبد لي هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال بنه في أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلا فلا يي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد بخلافه وهذه أربعة مسائل وقد وقع فيه بعض الاطناب والله أعلم

كتاب العارية

قال (العارية جائزة) لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان انتهى تدبر (قوله) أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فيأمر أن يؤخره ليحلف للثاني فيكشف وجه القضاء) قال صاحب العارية في بيان وجه القضاء بأن يرضى بالالف الاول والثاني أو لهما جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله الاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما انتهى (أقول) لاصحة أقوله وللثاني ادلا احتمال للقضاء بالالف الثاني بعد نكول ذي اليد الاول والكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب أنه قال في التعليل لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله الاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ رآيته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يرضى بالالف لهما ما أولا أحدهما فتوجهم الشارح المزبور ان قولهم أولا أحدهما بيم الاول والثاني فوقع فيما توقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية

ذكرت في المطولات والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قبل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير فوبة في الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلاف في تعريفها اصطلاحا

(قوله يرضى بالالف الاول والثاني) أقول في قوله أول والثاني بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول فيمنع ذلك العبد قال المصنف (قال بنه في أن يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء فعول له لقوله قال أو حال من فاعله

كتاب العارية

فقال عامة العلماء (هي غلبتك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعي قال (لأنها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التملك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التملك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لان تملك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تملك المجهول وأما الثالث فلان المعبر بملك النهي عن الاستعمال ولو كان تملك المالك كالايجر لا يملك نهى المستاجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستاجر يجوز أن يؤجر المستاجر لملكه المنافع فلو كانت الاعارة تملكك الاجارة ذلك كما في الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء انهم اتفقوا على التملك فان العارية من العربية وهي العطية) وهي انما تكون تملك (ولهذا تنعقد بلفظ التملك) مثل أن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التملك فهو تملك فان قيل المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك أجاب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالاعيان) (١٠٠) وبقي على ذلك قوله (والتملك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الاعيان

(وهي غلبتك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التملك ولذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبى عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعبرت للتملك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تملك

لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنهم منسوبون الى العار لان طلبها عار وعيب والعارية مثل العارية انتهت وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكك على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكبل والموزون فرضا لانه لا ينتفع بها الا باسـ تهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن غلبتك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبى عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أن يمنع كون العارية من العربية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح أو من العارة كما ذكر في المغرب أو من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التملك وثانيهما أن الخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التملك لا يدل على

تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعروف اذا عرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقص فذلك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقص ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن

أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فماذا كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة كونها لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيان الخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالجمل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تملك

قال المصنف (وهي غلبتك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لتد كبر الخبر وهما هي (قوله ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فماذا كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا) أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لا تصويرا (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة (قوله كان سالما من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا

كونه بمعنى التملك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التملك هنالك مستعارا للمعنى الإباحة لعلاقة لزوم
 الإباحة للتملك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة الإباحة أن لفظة الإباحة استعيرت للتملك على
 ما سيأتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الأول أنه استدلال في التعريفات وهي
 لا تقبله لأن المعروف إذا عرف شيئا بالجامع والمنافع فإن سلم من النقض فذلك وإن انتقض بكونه غير جامع
 أو مانع يحجب عن النقض أن أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في
 الموضوعات وهو غير صحيح لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع
 هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط
 القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا إلى فرع هو نظيره والمنافع ليست تطيرا لآعيان إلى هنا كلامه
 (أقول) كل واحد من أوجهه بوجهه ساقط أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف
 الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كأن يقال هذا التعريف هو
 الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد
 صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة إنما وردت على
 الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا
 ريب أن أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثاني فلأن المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية
 موضوعا في عرف الشرع لملك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل
 أراد اثبات قبول المنافع لنوع التملك بالقياس على قبول الآعيان لهما وقصد اثبات هذا دفع توهم
 الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك كما صرح به الشارح المذکور ولا يخفى أن قبول
 الآعيان لنوع التملك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته إلى قبول
 المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله والمنافع ليست تطيرا لآعيان أنهما ليستا نظيرهما من كل
 الوجوه فهو مسلم ولكن لا يبعدى نفعا إذا لا يشترط في صحة القياس اشتراط الفرع مع الأصل في جميع
 الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه وإن أراد أنهما ليستا نظيرهما في
 علة الحكم فهو ممنوع فإن علة الحكم الذي هو القبول لنوع التملك فيما نحن فيه إنما هي دفع الحاجة
 وهما أي الآعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم
 قال ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فإن كان الأول فماذا كفي بيانه يجعل
 لبيان المناسبة لاستدلال على ذلك وإن كان الثاني جعل بيان الخواص يعرف بها العارية انتهى (أقول)
 وفيه بحث من أوجه الأول أن هذا التعريف إن كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه إذ قد تقررت محله
 أن ما ل التعريف اللفظي إلى التصديق والحكم بأن هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع
 بخلاف التعريف الحقيقي إذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فإن كان الأول فماذا كفي بيانه
 يجعل لبيان المناسبة لاستدلال على ذلك والثاني أنه قد تقررت في موضعه أيضا أن التعريف الرسمي الذي
 بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة البيئة ولا شك أن اللوازم البيئة لا تحتاج إلى البيان فلا وجه لقوله
 وإن كان الثاني جعل بيان الخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها في قوله ويمكن أن
 يجاب عنها راجع إلى وجهه بجمعه مع أن ما ذكره في الجواب على تقرير تمامه إنما يكون جوابا عن الوجه
 الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذکور في الكتاب حكم العارية
 وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان ما من الشكولة وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا
 فالجمل عليه أولى انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلأنه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقى

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر أن الملك في العارية يشبث بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (واللهي منع عن التصديق) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير عن فتحصيل المنافع التي لم يملكها بعد وله ذلك (١٠٣) لكونها عقداً غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أي وقت شاء كافي الهبة وقوله

(ولا يملك الإجارة) جواب عن قوله ولا يملك الإجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ماسجيء هذا ما يتعلق بنفسه - برها أو حكمه ما وشرطها قابلية العين للانتفاع بهما مع بقائها وسببها ما مر مراراً من التعاضد المحتاج إليه المدني بالطبع وهي عقد جائز لأنه نوع أحسن وقد استعار النبي صلى الله عليه عليه وسلم دروعاً من صفوان وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها الشدة تعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان اللفاظ التي تنهـ قد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه قيل أي مجاز فيه وفي عبارته نظراً لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والأخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجازي لم أن الآخر حقيقة

والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك يشبث بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التصديق فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على مآذ كره أن شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه

البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالماً من الشكوك وأما ثانياً فلأن قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليه بالمواطأة يشافي ظاهراً كون المذكور في الكتاب حكم العارية إذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً وأما ثالثاً فلأن توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحاً فقال عامة العلماء هي تملك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي إباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالماً من الشكوك أما من الأول فسلم وأما من الأخير بن فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضاً ظاهر ادعى تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع منه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقريره هذا المحل وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن للغير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونه غير لازمة والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لأن قوله وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وإن اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التملك لأن مقصوده به الاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التملك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة قالوا في العبارة أن يقول وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التملك لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظراً لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والأخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجازي لم أن الآخر حقيقة إلى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجه بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم

مادة

الثاني بقوله مستعمل أي مجازي لم أن الآخر حقيقة

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث (قوله فلا فرق إذا بين العبارتين) أقول أي أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والأخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجازي لم أن الآخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجه بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم مادة الاشكال

ومنحتك هذا الثوب أى أعطيتك المنحة وهى النافعة أى والشاة يعطى الرجل الرجل يشرب من لبنها ثم يردّها إذا ذهب درهم كثر حتى قيل فى كل من أعطى شيئاً منح وجعلت على هذه الدابة إذا لم يرد به أى بقوله هذا الهبة لأنها التملك العين عرفاً وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزاً من حيث العرف العام وأخذت منك هذا العبد لأنه أذن له فى الاستخدام وهى العارية ودارى سكتى لأن معناه سكنها لك وهى العارية ودارى لك عمري سكتى لأنه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكتى تفسيراً لقوله لك لأنه منصوب على التيسير من قوله لك لأن قوله لك يحتمل تملك العين وتملك المنفعة فإذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تملك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم والمعبر أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله (١٠٣) صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة

والعارية مؤداة ورجسه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة فى أن العارية مستحق الرد ولأن المنافع تلك شيئاً فشيئاً على حسب حدودها فالتمليك فيما لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة إن هلك من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعى يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

(ومنحتك هذا الثوب وجعلت على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنها التملك العين وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تملك المنافع تجوزاً قال (وأخذت منك هذا العبد) لأنه أذن له فى استخدامه (ودارى لك سكتى) لأن معناه سكنها لك (ودارى لك عمري سكتى) لأنه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكتى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تملك العين وتملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (ولمعبر أن يرجع فى العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولأن المنافع تلك شيئاً فشيئاً على حسب حدودها فالتمليك فيما لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة إن هلك من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعى يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كما بينه صاحب العناية فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولى بكونها صريحة بوجه أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الأصول فهو ممنوع وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وإن أراد أن تخصيص الأولى بذلك بوجه أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا إشكال فيه حتى لا تحسم مادته (قوله ومنحتك هذا الثوب وجعلت على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب السكاكى كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد به ما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئاً أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر جعلت على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فإن الشئيين هو الثانى دون الأول ومبنى التأويل ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الأول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لرد الجواب لأننا نقول كون المذكور شيئاً مع كونه غنياً عن البيان جدا بأبى عنه قطعاً ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوى الألباب (قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا أى

نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه إلا آخر بدون رضا واحتراز عن الإجارة فإن المستأجر يقبض المستأجر لحقه ليس للمالك النقص قبل مضي المدة بدون رضا فإن قيل هو قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والأذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فإن هلك فيها فلا ضمان وإن هلك فى غيرها لم يظهر فيه الأذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى وليكون الأذن ضرورياً كان واجب الرد بمعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كفى الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذلك إذا

(قوله ما لا يحمله مثلها) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع إلى ما (قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالأمس

شي من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لباحتمال على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فأنما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه (قوله والاذن) جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا للضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه

(قوله فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية الخ) أقول فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند

هلاكه) أقول لم يتعرض للإباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى

ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لباحتمال أو بالقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا اه كلامه (أقول) حـل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة الى كون الاذن ضروريا واقفي أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه إشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعنى وليكون قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين أحدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضي كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله يصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا الإشارة الى كون الاذن ضروريا وليكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء وأما على تقدير أن يكون إشارة الى ما ذكرناه في المعنى وليكون قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يشرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي أخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفسيره بغيره من الفرعين (قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لباحتمال أو بالقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية في حل هذا المثل يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لباحتمال على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فأنما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه اه كلامه (أقول) لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخاطر به أحد أصلا ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقريره في هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان وذهبته ذلك الى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب (قوله والاذن وان ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا) جواب عن قول الشافعي والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا للضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها (أقول) لا خصم أن يقول اذا لم يكن القبض أيضا الا للضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلك في هذه الحالة فلا ضمان قطعا وأما اذا هلك في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكونه هلاكا فيما وراء الضرورة فالأظهر في الجواب عن قول الشافعي والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية

(قوله وانما وجب الردمؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقرر به أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانما على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب كنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلما أن (١٠٥) الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد

ههنا أوجب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرًا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقبت مقام الحقيقة نظرا له الآن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها أمثالا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يواجر المستعار فان أجره فعطبت ضمن لو جه بين أحدهما أن الاعارة دون الاعارة والنشي لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أن المأخوذ بالعقد لا يكون لازما أو غير لازم ولا سبيل الى شيء من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاعارة

وانما وجب الردمؤنة كنفقة المستعار فانما على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره فان أجره فعطبت ضمن) لان الاعارة دون الاعارة والنشي لا يتضمن ما هو فوقه ولا نا لو صح عنه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاعارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناول العارية كان غمبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما است الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آناه الى ل وأطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك أخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركب اليلاد ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا مأذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشار الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملازمة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بعلازمة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قوله هم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذا قبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذلك بجهته اه ثم أقول لاحاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صححان سلمان عن شاذية الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في الع قد بالباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد ونعناه على أن يكون الاخذ ممن أخذ

(١٤ - تكمله سابع) فانه عقد لازم فانه عقاده غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاعارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناه واذا كانت باطلا كان بالتسليم غامضا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

قال (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانه اباحة
المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الا باحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة
وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو عليك المنافع
على ما ذكرنا فملك الاعارة كالوصى له بالخدمة

فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لان الاخذ في العقد أي المأخوذ لاجل العقده
حكم العقد على أن تكون كلمة في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكم الذي لم تلت في فيه
وقوله عليه الصلاة والسلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في معنى اللبس فالأخذ
حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذ من غاية البيان فان قيل سلما أن الاخذ
في العقد له حكم العقد ولكن لا عقده ههنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل له موجودا
تقدير اصابته لاموال الناس عن الضياع اذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب
على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا اذا لا يقتضي أن يكون الاخذ في العقد
حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا
معنى لقوله ولكن لا عقده ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد معدوما
تقدير اصابته لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على
سوم الشراء في يد المشتري بلا تعذر منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يد مالكه باذن فاذا وجب
الضمان عليه خرج ماله الذي أدام من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعذر في شيء فيلزم النظر لاحد المتأخذين
في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل)
قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره
في النظائر الامام الترمذ (أقول) في أكثر هذه الامثلة اشكال أما في مثال الحمل فلانه وان كان
مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلواستعارة دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعيره غيره للحمل
لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا أنه يخالف لما سيجي في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما
لا يجوز من ان الحمل كالر كوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه حكمهما عند الاطلاق
والتقييد كما ستطالع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعبريات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب
العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وعن ظهرت المخالفة جسا بين كلاميه
في المقامين صاحب السكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في
الثوب والر كوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع
التفاوت في الر كوب واللبس والحمل فمال بين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى
وأما في مثال الزراعة فلانه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الاجارة في استئجار
الاراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيه الان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة
ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي لما
يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمنه وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والر كوب
والزراعة وأما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضرب بالبناء دون سكنى غيره ههنا وهذا
لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيث للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى أيضا مما
يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بان الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر
السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انه دام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة والقصار كما بينه

وللستعير ان يعير المستعار
اذا كان مما لا يختلف
باختلاف المستعمل كالحمل
والاستخدام والسكنى
والزراعة وقال الشافعي
ليس له أن يعيره لانها اباحة
المنافع على ما مر والمباح له
لا يملك الا باحة وهذا أي
كون الاعارة اباحة لان
المنافع غير قابلة للملك
لكونها معدومة وانما
جعلت موجودة في الاجارة
للضرورة وقد اندفعت في
الاعارة بالاباحة فلا يصار
الى التملك وانما أنها عليك
المنافع على ما مر فيتضمن
منه كالموصى له بالخدمة
جاز أن يعير تملكه المنفعة

(قوله والمنافع اعتبرت

قابلية (جواب عن قوله
والمنافع غير قابلة للملك وتقريره
لأنه لم أنها غير قابلة للملك
فإنها تملك بالعقد كافي
الاجارة فجععل في الاعارة
كذلك دفعاً للحاجة وقد
مر لنا الكلام فيه فان
قبل لو كانت تملك المنفعة
لما تناوت الحكم في الصفة
بين ما يختلف باختلاف
المستعمل وبين ما لا يختلف
كالملك أجاب بقوله (وإنما
يجوز فيما يختلف باختلاف
المستعمل دفعاً للمزيد الضرر
عن العير لأنه رضى باستعماله
لا باستعمال غيره وقال هذا)
أى ما ذكر من ولاية الاعارة
للمستعير (اذا صدرت
لاعارة مطلقة) فوجب أن
يتم اقسامها افعال (وهى
على أربعة أوجه) وهى
سمة عقلية (أحدها أن
يكون مطلقة فى الوقت
لا انتفاع والثانى أن
يكون مقيدة فيه - فما
ثالث أن يكون مقيدة
حق الوقت مطلقة فى
الانتفاع والرابع
كس فله المستعير فى الاول
ينتفع به أى نوع شاء فى
وقت شاء عملاً بالاطلاق
الثانى ليس له أن يجاوز
ما شاء من الوقت
منفعة

والمنافع اعتبرت قابلة للملا في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا للمزيد الضرر عن المعير لانرضى باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهى على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والمستعير فيه أن ينتفع به أى نوع شاء فى أى وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالنقد

صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلية الملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك وتقريره لان سلم أنها غير قابلة للملك فانما تلك بالعدوك كافي الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليقه وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلية للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وههنا علة منتفية في الاعارة لان دفع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف ههنا جواجا عنه اللهم الا أن يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكفاية دعت الى اعتبار المنافع قابلية للملك في العارية كافي الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردناها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتشبه هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتمام لان من شرط القياس كون الفرع نظيرا لاصل والمنافع ليست نظيرا لاعيان ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظيرا لاصل قطعاً (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فعنه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد ذكر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه وأما اذا صدرت الاعارة مطلقة فلا يستعير ولاية الاعارة مطلقاً أي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفاً اهـ فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيداً بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيداً به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه فاطمة كإيئناه والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكرنا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جسداً ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبيه للحدود الذي ذكرناه فقال في شرح

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها فقيرا من هذه الخنطة فحملها فقيرا من خنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا
 حل مثل ذلك شعيرا استحسننا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل
 بالبيع بألف درهم اذا باع بألف (١٠٨) دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الخنطة اذ مقصوده دفع زيادة

الضرر عن دابته ومثل
 كيل الخنطة من الشعير
 أخف على الدابة والتقيد
 انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفي
 الثالث والرابع ليس له أن
 يتعدى ما سماه من الوقت
 والنوع) وعلى هذا (فلو استعار
 دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل
 ويعبر غيره للحمل لان الحمل
 لا يتفاوت وله أن يركب
 ويركب غيره وان كان
 الركوب مختلفا لانه لا يطلق
 كان له التعيين حتى لو ركب
 بنفسه تعيين الركوب فليس
 له أن يركب غيره وبالعكس
 كذلك فلو فعله ضمن لتعين
 الركوب في الاول والاركان
 في الثاني) وهذا الذي ذكره
 اختيار فخر الاسلام وقال
 غيره له أن يركب بعد الاركان
 ويتركب بعد الركوب
 وهو اختيار شمس الأئمة
 السرخسي رحمه الله وشيخ
 الاسلام قال (وعارية
 الدراهم والدنانير والمكيل
 والموزون والمعدود قرض
 الخ) اذا استعار الدراهم فقال
 له أعرتك دراهمي هذه كان
 بمنزلة أن يقول أقرضتك
 وكذلك كل مكيل وموزون
 ومعدود لان الاعارة تمليك
 المنفعة ولا يمكن الانتفاع
 بها الا بالتمليك

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والخنطة مثل الخنطة والشعير خير من الخنطة اذا كان
 كـ لا والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقا في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن
 يتعدى ما سماه فلوا استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن
 يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لا يطلق له أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس
 له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركان قال
 (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن
 الانتفاع بها الا بالتمليك عنها فافتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناها
 فثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا وهذا اذا أطلق الاعارة
 قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقا لا تؤول الى المسئلة المتقدمة بل الى ان المستعير أن
 ينتفع بالعارية ما شاء اذا أطلقت العارية اه (أقول) هذا الذي ذكره هذا الشارح وجهه
 ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام
 المصنف وهنا ولا يشار باسم الاشارة الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما
 تقر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الاولى والانصاف ان المصنف
 لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقا وشرع في الكلام الذي بسطه بأن يقول والاعارة على أربعة
 أوجه لكان أخرى ولقد أحسن صاحب الكافي هذا المقام حيث قال أولاه أن يعبر وذ كر خلاف
 الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما أن حصلت الاعارة مطلقا في حق
 المنتفع بأن أعارتو باللبس ولم يبين اللبس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل
 وفي هذا الوجه له أن يعبر سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب
 والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت
 الاعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعبر فيما لا يتفاوت
 الناس في الانتفاع به كافي الحمل وليس له أن يعبر فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم
 قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه
 فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كمن
 استعار دابة ليحمل عليها فقيرا من هذه الخنطة فحمل عليها فقيرا من خنطة أخرى أو حمل عليها فقيرا
 من شعير وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى
 أن الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في
 تعيين الخنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الخنطة من الشعير أخف على الدابة
 والتقيد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ماذا كروا في وجهه
 الاستحسان منتقضا بالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا
 به مع أن ما ذكرنا في وجه هذا الاستحسان ههنا جار هناك أيضا بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضا
 فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا

فكان ذلك تمليك العين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناها لكونه متيقنا به
 قيل لانه أقل ضررا على المعطى لانه لو جرد المثل وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد
 يجوز عن ربه فأقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو وزن بهاد كانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية ليتجزئ بها أو سيفاً محلي يتقلده يقال طابت المسكايل أو الموازين إذا قايستهما والعيار المقيار الذي يقاس به غيره ويسوى وإذا استعار أرضاً لبناء والغرس جاز وللغير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس أما الجواز فلأن هذه المنفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما ينال معنى بقوله وللغير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة

والعارية مؤداة وأما التكليف

فلأن الرجوع إذا كان صحيحا

بقي المستعير شاغلا أرض

المعير فيكلف تفريغها ثم إن

المعير ما أن وقت العارية

أولم يوقت فإن لم يوقت فلا

ضمان عليه لأن المستعير

مغتر غير مغرور ومن جانب

المعير حيث اعتماد طلاق

العقد وظن أنه يتركها في

يده مدة طويلة من غير أن

يسبق منه الوعد وإن كان

وقت العارية فيرجع قبل

الوقت صح لما ذكرنا ولكن

يكره لما فيه من خلف الوعد

وضمن المعير ما نقص البناء

والغرس بالقلع لأنه مغرور

من جهته حيث وقت له إذ

الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور

يرجع على الغار دفعا للضرر

عن نفسه فإن قيل الغرور

الموجب للضمان هو ما كان

في ضمن عقد المعاوضة كما

مر والإعارة ليست كذلك

أجيب بأن التوقيت من

المعير التزام منه لقيمة البناء

والغرس أن أراد أخراجه

قبل ذلك الوقت معنى وتقرير

كلامه ابن في هذه الأرض

بنفسك على أن أثر كهافي

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو وزن بهاد كانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية ليتجزئ بها أو سيفاً محلي يتقلده قال (وإذا استعار أرضاً لبنى فيها أو لغرس فيها جاز وللغير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما ينال معنى بقوله وللغير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما ينال معنى بقوله وللغير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة

التعليل خالي عن التحصيل لأن حقيقة الإعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود وذا قد صدر حواشي صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه وإن الأشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الإعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الإعارة منتفية في عارية الأشياء المذكورة إذ قد صرحوا بأنهم مضمونة بالهلاك من غير تعدد من الغايض فإذا لم تتحقق حقيقة الإعارة ولا حكمها في عارية هذه الأشياء فلا تأثير فيها أصلاً لأن يكون من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين ولا إقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمونها هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لأن يجعل لفظ الإعارة في مستثناه هذه مجازاً أو كناية عن معنى الاقتراض ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لأن يكون علة لأصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليلك بالتأمل الصادق (قوله وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو وزن بهاد كانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة) أقول لقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعاً أيضاً فكيف يتم ما ذكر سابقاً من أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقاً بناء على الأكثر الأغلب فالمراد أنه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الأعم الأغلب إلا باستهلاك عينها فإدراك الحكم عند الإطلاق على ما هو الأغلب وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تعليل المنفعة مع بقاء العين على ما ذكره فعمل على ذلك فإن قلت عبارة المصنف لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فإن الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقول فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية أي نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الأول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول)

يدل على مدة كذا فإن لم أثر كهافي أنا ضامن لك بقريته حاله وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن وحيث كانت الإعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن يتطرق كم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً

(قوله وإن كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فإن لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول في باب المضارب يضارب

واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدوري رحمه الله يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد أن المعبر
يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكون له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته ما فله ذلك لأنه ملكه قالوا يعني المشايخ إذا كان
بالأرض ضرر بالقلع فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والرجح بالأصل قبل معنى كلامه هذا إن ما قال
القدوري أن المعبر يضمن نقصان البناء (١١٠) والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضرراً ما إذا لم يلحق بالخيار في الإبقاء بالقيمة

مقاييساً وتكليف القلع
و ضمان النقصان إلى صاحب
الأرض وهو ظاهر ويجوز
أن يتعلق بقول الحاكم
الشهيد ومعناه أن المستعير
إنما يتمكن من القلع وترك
الضمان إذا لم تتضرر الأرض
بالقلع وأما إذا تضررت
فإن الخيار إلى رب الأرض وهو
الظاهر ولو استعارها
ليزرعها لم تؤخذ منه حتى
يحصد الزرع بل ترك في
يده بطريق الأجرة بأجر
المثل وقت أول وقت لأن
الزرع له نهاية معلومة
وفي الترك مراعاة الحقيقين
فإنه لما كان الترك بأجر لم
تفت منفعة أرضه مجافاً ولا
زرع الآخر

(قوله وإذا قلع في الحال
تكون قيمة النقص دينارين
يرجع بهما كذا ذكره
القدوري) أقول فيه كلام
وهو أن القلع ما نقص
دينارين بل نقص ثمانية
دنانير فينبغي أن يرجع بها
كما لا يخفى هذا أشكال
الفاضل المحشي الشهير
بمعقوب باشا فأقول
الظاهر أن قوله قيمة النقص

كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه
ويكون له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته ما فله ذلك لأنه ملكه قالوا إذا كان في
القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والرجح بالأصل
ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أول وقت لأن له نهاية معلومة وفي الترك
مراعاة الحقيقين

لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لأن الذي نقص البناء والغرس إنما هو القلع
فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعبر قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لأن القلع
ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وإنما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع ويمنع أيضاً
صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع أذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعبر القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه
فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير
كونها موصولة فتتقدّر الظاهر الراجع إليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعبر ما نقص البناء
والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال
صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة
المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني إذا كان قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً وإذا قلع
في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة
ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهما قالوا بدل قوله يرجع بهما
فيرجع بثمانية دنانير فكان بعض العلماء أخذوا بما قالاه حصّة فأوردوا على ما ذكره صاحب العناية
حيث قال فيه كلام وهو أن اقلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي أن يرجع بها كما
لا يخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين
نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه إذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين
القيمتين دينارين فيرجع بهما قطعاً وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانا بينهما أراد بقيمة النقص
معنى قيمة الناقص وإذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين ثمانية دنانير
فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح وأندفع ما أورده ذلك البعض
من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال
فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا إشكال انتهى
كلامه (أقول) ليس هذا بسديد إذ لا يجوز إضافة الموصوف إلى الصفة ولا إضافة الصفة إلى الموصوف
على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف إلى صفته ولا
الصفة إلى موصوفها وإنما جاز ذلك مذهب ضعيف كوفي لا ينبغي أن يصار إليه في توجيه كلام الثقات

من إضافة الموصوف إلى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا إشكال (قوله ويجوز أن يتعلق بقول
الحاكم الشهيد إلى قوله وهو الظاهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعي أن يتعلق بقول القدوري ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس
فراجعه قال للصف (لأن له نهاية معلومة) أقول قال ابن الغرملة مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقفة
لأن لها نهاية معلومة ولأن الوقت منصوص عليه ههنا وفي الأمانة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى والجواب
أن الضرر لصاحب البناء والغرس من متعين سواء وقت أو لا إذ ليس له نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقيقين بخلاف الزرع فليتأمل

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطلح مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الابدان يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل أن يتثبت بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فاقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك) أقول لقائل أن يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الارض منه هنا أيضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعدد منه لخيانة نفسه أو بمانع يمنعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فاقترقا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس له من انهيته معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس يتم لان تعيين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقطع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا ولا يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور ولانه ان لم يوقت صريح المالك وقت دلاله لان البناء والغرس لا دوام فكانت الاعارة له توقينا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقطع بعد زمان ليبيع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر أيضا وهي الاتفاق بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر من منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الاجر لانه يتوصل به الى ملك الاجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما ما فيه منفعة لكن منفعة الاجر أقوى لانه مالك للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستأجر من منفعة والعين

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطلح مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

(قوله والغرم بازاء الغنم) أقول تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رد ملأ ذكرا) أقول من أن الغرم بالغنم

وفي القياس هو ضمان لانه تضيق لارد و صار كذا المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عر فاليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار (١١٢) عباد فردها الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم

ردها الى المالك لان المالك يعرف في الاول وعنده في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبد له وأجيره مسانحة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يدهم ككافي الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو ردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقبل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع أجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بأنه يملك الايداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذا كان مودعا وليس له أن يودع غيره فاذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أقي بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يرددها الى المربط (وان استعار عباد فردها الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاء لما أودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يرددها الا الى المعبى لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانحة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيد من في عياله ككافي الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو رده اليه فهو يردده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أجنبي ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن أعار أرضا بضيعة للزراعة يكتب انك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يكتب انك أعترتني) لان لفظة الاعارة موضوعية والكتابة بالموضوع له أولى ككافي اعارة الدار وله أن لفظية الاطعام أدل على المراد لانهم يختص الزراعة والاعارة تنظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

ليكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) في الجواب نظر اذا ظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الآجر عين هو الآجر كما صرح به في الكافي والآجر لا يلزم أن تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بأن الآجر قد تكون عينا وقد تكون دينيا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام وفي القياس هو ضمان لانه تضيق لارد و صار كذا المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه اه كلامه (أقول) هذا تحرير محتمل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكروا في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكروا أحد سواه ههنا بل انما ذكروه في محله فيما سيأتي كما ترى

(قوله وفي القياس هو ضمان لانه تضيق لارد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه) أقول (كتاب وفيه بحث فان هذين التعليقين يتضمنان التنبية على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا) قوله فكان اذا كان مودعا) أقول بل يكون اذا كان متعديا حتى اذا ملكك في يده ضمن فكذا اذا تركها في يد الأجنبي ذكره الزيلعي فراجع نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول بعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمن وهو قول السرخسي واختيار قاضيان رحمه الله

﴿ كتاب الهبة ﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جانب المحبة وهي في اللغة عبارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من ذلك وليا وفي الشريعة عليك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع) (١١٣) لقوله صلى الله عليه وسلم نهاد وانحايوا

وعلى هذا انعقد الإجماع

وتصح بالإيجاب والقبول

والقبض) وهذا بخلاف

البيع من جهة العاقدین

أما من جهة الواهب

فلان الإيجاب كاف ولهذا

لو حلف على أنه يهب عبده

لقيلان فهو هب ولم يقبل بر

في عينه بخلاف البيع وأما

من جهة الموهوب له

فـ لان الملك لا يثبت

بالقبول بدون القبض

بخلاف البيع (وقال مالك

ثبت الملك فيما قبل القبض

اعتبارا بالبيع وعلى هذا

الخلاف الصدقة

﴿ كتاب الهبة ﴾

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام نهاد وانحايوا وعلى ذلك انعقد الإجماع (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلا نه عقد والقعد انعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك ثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

﴿ كتاب الهبة ﴾

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترتيب من الأدنى إلى الأعلى ولان العارية كالمرة رد والهبة كالمركب لان فيها تملك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تخصي ولا تختص على ذوي النهي فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال أنك أنت العزيز الوهاب وهذا يعني لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة أصلها من الوهب والوهاب يتسكن الهاء وتحرى بكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعدة فكانت من المصادر التي تحذف أو تلهأ ويعوض في آخرها التاء ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من ذلك وليا يرثني ويقال وهبته مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهم به منه قبله واستوهب طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره وأما في الشريعة فهي عليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب مام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لا يراده مع ظهور وروده جسا غير ان صاحب الدرر والقررقص قد قصد إلى الجواب عنه حيث قال في متنه هي عليك عين بلا عوض وقال في شرحه أي بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظرا ذلوا كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقر في العلوم العقلية من ان بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لاشي لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشهد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالعنى ان الهبة هي عليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا أنها ليست بشرط الا اكتساب الا ترى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الا اكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الا اكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول ببق في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فانها أيضا عليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلوزادوا قيد في الحال فقالوا هي عليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان الوصية عليك بعد الموت لا في الحال (قوله وتصح بالإيجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أي تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب

﴿ كتاب الهبة ﴾

(قوله قال الله تعالى فهب لي من ذلك وليا) أقول

وظاهر أن الولي ليس بمال

ولاء لك قال المصنف

(وتصح بالإيجاب والقبول)

أقول قال العلامة الكاكي

قوله وتصح بالإيجاب

كقوله وهبت ونحوه كما

يجيء أي تصح في حق

الواهب بمجرد الإيجاب

وفي حق الموهوب بالقبول

والقبض لان الهبة

عقد تبرع فيتم بالتبرع

فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض

وتمرة ذلك فمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث او حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر في عينه عندنا انتهى ولا يذهب

(١٥ - كمله - سابع)

عليك عدم مطابقة الشرح للشروح

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت

وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فثبت بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وغرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برى عينه بخلاف البيع اه كلامه واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزا الى الحصر والمختلف وبني صاحب العناية أيضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلا نال ايجاب كاف وهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برى عينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلا نال الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع اه والشارح العيني أيضا اقتضى أثره ولا يوجب الجملته أكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده (أقول) هذا الذي ذكره وان كان مطابقا لحد الماذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برى عينه خلافا لفرقة فانه يعتبره بالبيع لانه تعليق مثله ولنا انه عقد تبرع فثبت بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام لان قوله أما الايجاب والقبول فلا نه عقد والعقد ينقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد به هذا أيضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فثبت بالتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا ستر به عنده من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك التصريح منه ما ينافي القول من سماه هنا بأن الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك أن الشيء لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انقاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا لو ركنها الايجاب والقبول لانهم عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون عليك والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يبحث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدوره وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير يروان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وأيضا رد عليه أن التعليل المذكور للبحث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يبحث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الايجاب لا القبول مع أنه لا يبحث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماءنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يبحث في عينه عندنا وقال صاحب التصفية ركنها الايجاب والقبول وجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استقصانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل انه يبحث استقصانا وعند زفر لا يبحث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق

(ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التزام التسليم) ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تحكيجه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرنا من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام ثم زيادة على ما تبرع وذلك (لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحيث لا يتصور الالتزام على المتبرع لعدم أهلية لزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة (١١٥) لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم

والملك الثابت الواهب كان قسويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لتكون الموت بنا في المالكية فصح اللاحق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصي له على تسليم الوارث اليه وتقريره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جازا استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يحز إلا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لأن القبض

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية لزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جازا) استحسانا (وان قبض بعد الافتراق لم يحز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يبحث الى هنا كلامه (قوله ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد توجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به واجبا بشئ لم يتبرع به بخلاف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروع ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تحكيجه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرنا من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلا ن قوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما عما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي وأما ثانيا فلا ن انه اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ يجوز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن أين يجب الزام التسليم فليأمل في الدفع (قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف

تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق (بالاتفاق) والتصرف في ملك الغير بدون اذنه غير صحيح ولنا (وهو وجه الاستحسان في الاول) (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال السكاكي لا يقال ان الملك يقع على وجهه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث (قوله فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة السكاكي وصاحب النهاية قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح انتهى وليس فيما لا ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

لا يستلزم الإيجاب التام اه (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما إذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فإن كلامهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزلة الآخر وقبامه مقامه بخلاف ما إذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فإنه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع وثانيهما أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام الآن القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فإنه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الإمام الزليعي في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فلا يصح أن يقال إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فإنه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف ولنا أن القبض الخ حيث قال وكان ينبغي أن يقول وجه الاستحسان لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعي وجه الاستحسان قولنا مناسب أن يقول ولنا وإن لم يصرح بذلك الشافعي اه (أقول) أن تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إجماعا إلى وقوع منازع في هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فأنما يحصلان عند كرخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخضة المصنف بتقوية المناسبة في تحسره لانتق الصحة والجواز عن كلامه بالكلمة فلا بدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعتراض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى الاختلافات (أقول) في الجواب بحث أما أولا فلا بد دفع السؤال المذكور بل يقرره لأن حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة أن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مدار الصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع وخلاصة هذا بيان صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهم أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا نهم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لا يقتضيه أيضا إلى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة رأسا لأن الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيان في كونهما شرط العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور وجهين آخرين حيث قال فيه بحث فإنه لو صح ما ذكره من أن القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا

(والمقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للهوب له وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) محصلا لمقصوده فكان إذا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول بتفديد بالمجلس فكذا ما قام مقامه) فان قيل يلزم على هذا ما إذا انتهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجزله القبض أجاب بقوله (بخلاف ما إذا نهاه) يعني صريح (في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القول لم يصح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل الإيجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه (١١٧) جازله أن يسترده ويجبسه لاثمن

وأجيب عن الاول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بأننا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنى لا معتبر به

(قوله وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القول لم يصح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول فيه فوعر كما كة (قوله وأجيب عن الاول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد) أقول ولهذا وحلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا بحث (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول هكذا وقع في هذه النسخة موافقا لما في سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ما ذكره لجاز القبول

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول بتفديد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف انه عقد والعقد ينقد بالإيجاب والقبول اه (أقول) كلا وجهي بحقه ساقط أما الاول فلان الملازمة في قوله لوصح ما ذكره لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسألة فأما بطلان الثاني فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر أنفائه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلا أن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثاني فلا نافذ نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا فدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الإيمان بأن الهبة عقد تبرع فثبت بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقلة لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للهوب له وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان إذا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويجبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بأننا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمنى لا قصدي فلا معتبر به كذا في الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأسا ولو سلم ان مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقر (قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول بتفديد بالمجلس فكذا ما يلحق به)

بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينقد بالإيجاب والقبول وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون مبناها على العرف ولعل الاولى أن يقال في الجواب القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة فبالنظر الى كونه بمنزلة جواز القبض في المجلس بلا اذن الواهب وبالنظر الى التغير حقيقة صح الامر بالقبض بعد المجلس ايذا لانا لخطا رتبته عن القبول فتأمل ووقع في بعض النسخ وخد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما في الشروح الاخر فتدبر (قوله وعن الثاني بأننا لانسلم أن مقصود البائع الخ) أقول ولو سلم أن المقصود بذلك بالقبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فليكون المبيع قبل نقد الثمن كالموهون فان قيل - ق الرجوع ثابت في الهبة أيضا فلا ينافي ذلك كون الإيجاب تسليطا قلنا ذلك في الهبة ليس بكلى الأبرى الى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع فتأمل

قال (وتنقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله يعني واحد (وكذا تنقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا النسي وجعلت على هذه الدابة اذنوى بالجلان الهبة) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين أقول لقائل أن يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقر فيهما من انفال من جميع الخيئات الا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الخيئة المذكورة بالمجلس أيضا فان تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنادخلا في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والاي لم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضا فتأمل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحبا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواجب على الصحة وجود القبض لاحالة كان الاقدام على الايجاب له اذنا للوهوب له بالقبض اقتضاء كافي باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للشيء ترى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والنايات بالضرورة بتقديره - مدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحبا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين (قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظرا لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التملك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عنه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عنه فانهم انتهوا كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عنه أن يذكرا ما يطعم عنه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على أصل وضعه وهو الاباحة ورشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى أن الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغرض اعمالا جعله مالكا والحق به التملك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فاقم التملك مقامها انتهى (وقال في التلويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتعليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو التملك والافلا باباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عنه ما ذكره في التلويح من جعله مفعولا ثانيا فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

قال (وتنقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله يعني واحد (وكذا تنقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا النسي وجعلت على هذه الدابة اذنوى بالجلان الهبة) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين أقول لقائل أن يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقر فيهما من انفال من جميع الخيئات الا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الخيئة المذكورة بالمجلس أيضا فان تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنادخلا في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والاي لم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضا فتأمل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحبا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواجب على الصحة وجود القبض لاحالة كان الاقدام على الايجاب له اذنا للوهوب له بالقبض اقتضاء كافي باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للشيء ترى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والنايات بالضرورة بتقديره - مدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحبا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين (قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظرا لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التملك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عنه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عنه فانهم انتهوا كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عنه أن يذكرا ما يطعم عنه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على أصل وضعه وهو الاباحة ورشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى أن الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغرض اعمالا جعله مالكا والحق به التملك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فاقم التملك مقامها انتهى (وقال في التلويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتعليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو التملك والافلا باباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عنه ما ذكره في التلويح من جعله مفعولا ثانيا فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

وبقوله عليه الصلاة والسلام
(ولو رثته من بعده) أي ولو رثته
الممثلة من بعده الممثلة
يعني تثبت به الهبة ويبطل
ما اقتضاه من شرط الرجوع
وكذا لو شرط الرجوع
صريحاً يبطل شرطه وقوله
(لما قلنا) إشارة إلى قوله فلان
حرف اللام التمليك وقوله
(فلان الجمل هو الراكب
حقيقة) يعني أنه تصرف في
المنافع (فيكون عارية) إلا
أن يقول صاحب الدابة
أردت الهبة لأن اللفظ قد
يذكر التملك فلا أقوى
بحمل لفظه فيما فيه
تشديد عليه عملت نيته
لا يقال هذا يناقض ما تقدم
في العارية من قوله لانهما
لتمليك العين وعند عدم
إرادته الهبة بحمل على
تمليك المنافع مجازاً لما
أشرنا إليه هناك أن قوله
لانهما التملك العين يعني
في العرف فاستعماله في
المنافع مجاز عرفي فيكون
قوله ههنا لان الجمل هو
الراكب حقيقة يعني في
اللغة فاستعماله في الحقيقة
العرفية مجاز لغوي

(قوله لان الجمل هو الراكب
حقيقة يعني أنه تصرف)
أقول ضمير أنه راجع إلى
الجمل (قوله لما أشرنا إليه الخ)
أقول جواب لقوله لا يقال
هذا يناقض ما تقدم الخ

بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لان عيها لا تطعم فيكون المراد كل غلتها
وأما الثاني فلان حرف اللام التمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فن أعر عمرى فهي للمعمر له
ولو رثته من بعده وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلان الجمل هو الراكب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه
عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التملك قال الله تعالى
أو كسوتهم ويقال كسا الأمير فلاناً ثوباً أي ملكه منه

الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه أصلاً على ما في رواية الأصل لان التملك انما يستفاد على
هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لامن لفظ الاطعام فلا ينافي أن يكون الاطعام في آية الكفارة على
أصل وضعه وهو الاباحة (قوله بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لان عيها
لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الأرض مما لا يطعم عيها انما يقتضي
أن لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقة ولا يقتضي أن لا يراد به تملك العين مجازاً كما أراده ذلك اذا
أضيف الى ما يطعم عيها فانهم حملوا هناك على تملك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طامعاً أي
أكلاً لا جعله مالاً كما صرحوا به والجواب انه وان أمكن أن يراد بالاطعام المضاف الى مثل الأرض تملك
العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف أن يراد بالاطعام الغلة على طريق
ذكر المحل وإرادة المحل كما أن المتعارف فيما إذا أضيف الاطعام الى ما يطعم عيها أن يراد به تملك
العين وكلام القائل انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر (قوله وكذا إذا قال
جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلان حرف اللام التمليك
واقفني أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذا إشارة إلى
قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فن أعر عمرى فهي للمعمر له ولو رثته من بعده وبطل على
هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل
الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلاً اذ قد سبق ذكرها إذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي
قاله وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينهما وبين ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتغال هذه الصور
على لفظ عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك التملك لا كون لفظه
العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته
لقال لما روينا كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة قلت كأن الشارحين المزبورين اغتراباً بذلك
ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام
لا عن نفس الحديث وقد أشرنا إليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلان الجمل هو الراكب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه
عند نيته) يعني أن الجمل تصرف في المنفعة فيكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان
هذا اللفظ قد يذ كر تملك العين فإذا قوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية
فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الراكب وقد ذكر في العارية أن قوله حملت التملك العين
قلنا حقيقة الراكب نظر إلى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت
مستعملة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية في حوى ذلك
بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانها التملك العين وعند
عدم إرادته الهبة يحتمل على تملك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هناك ان قوله لانها التملك العين

(ولو قال منحك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة وقوله (ولو قال داري لك هبة سكنى (١٢٠) أوسكنى هبة) انما هو بنصب هبة في الموضوعين اما على الحال أو التمييز لما في قوله

داري لك من الابهام وقوله (لان العارية محكم في عليك المنافع) كان الواجب أن يقول لان سكنى محكم في عليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز أن يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسيره) والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم

(قوله والفرق بينهما ما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا) أقول لا يقال له نظائر كثيرة من جملتها هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب

(ولو قال منحك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) (ولو قال داري لك هبة سكنى أوسكنى هبة فهي عارية) لان العارية محكم في عليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل عليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أوسكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسيره

يعنى في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركان حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بنى اشكال وهو انه قد تقرر في كتب الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به وأما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركان وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو عليك العين فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتمدة على الاول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتامر ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يرجع أحسن معنييه أو معانيه بالدلالة أو الأمارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحتمل عليها وان لم ينوها يحتمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فأين هذا من ذلك (قوله ولو قال منحك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولافلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله منحك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله منحك هذا الثوب وقوله جئتلك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بها الهبة وقال في التعليل لانها التملك العين وعند عدم ارادة الهبة يحتمل على عليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر وأما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة من منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحك هذا الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالأصل ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتمدين وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) اذا الفعل لا يصلح تفسير الاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لأن قوله تسكنها فعل مخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر مختارا العامة (أقول) ليس هذا صحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل مخاطب وانما فعل الخطاب السكني الذي دل عليه لفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التسكلم فعل

المخاطب

ألم تؤمنون بالله الآية لانه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكنها فعل الخطاب فلا يصلح تفسير القول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة الخ) الموهوب اما أن يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصا في ماله لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على التخييل دون التخييل أو الزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز أي ليس بمقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا جرد قبض التمر الموهوب على التخييل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه المحوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه فمقر زافاته اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أقره وسلم صحته ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها للملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا ودية النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب لانه عقد غليل وهو ظاهر وعقد التملك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوخ لا يمنع تمام القبض (١٢١) في هذه العقود بالاجماع فاذا باع

وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبديل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي حكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوخ مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعد ذلك مبطلا في التبرعات كالقروض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوخ لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا الان المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد غليل فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوخ كالقروض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

المخاطب (قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوخ كالقروض والوصية) قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي حكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوخ مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعد ذلك مبطلا في التبرعات كالقروض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوخ لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا الان المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

(١٦ - تسكمه سابع) فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوخ مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعد ذلك مبطلا في التبرعات كالقروض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوخ لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا الان المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

(قوله اما أن يحتمل القسمة أولا إلى قوله فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ) أقول قوله فالثاني ناظر إلى قوله أولا والاول ناظر إلى قوله اما أن يحتمل القسمة (قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف (لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول فان قيل نحن لا ننزع في كون المشاع محلا للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر وجهه بأدنى تأمل (قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

(١٣٣) شيألم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ونحو ذلك لا يجوز زل زيادة الضرر فان قيل هذا

ولان في تجويزه الزام الواهب

ضرره مرضي لان اقدمه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة

والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا أي ولان في تجويزه هذا العقد الزام مالم يلتزم امتنع جـ واره قبل القبض لثلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف مالا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفي به ضرورة ولا أنه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهابة وفي ايجابها الزام مالم يلزم بالعقدة ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك

(قوله أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع الى قوله وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة) أقول وفيه بحث فانه يعلم أنه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه أبأوه على أنه أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فلي تأمل (قوله فان قيل لزمه المهابة وفي ايجابها الزام

مالم يلزم) أقول ممنوع فان اقدم على عقد الهبة التزام

ولان في تجويزه الزامه شيألم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جـ واره قبل القبض لثلا يلزمه التسليم بخلاف مالا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به ولا أنه لا يلزمه مؤنة القسمة

لان المشاع الخ دليل على أصل مدعى الشافعي وهو قوله تجوز في الوجهين فيكون دليل لا ثانيا عليه فكان ينبغي أن يقول المصنف ولان المشاع يدل قوله وهذا لان المشاع والثاني أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال فكان العقد صادر من أهله مضافا الى محله ولا مانع غـ فـ كان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جـ واره والثالث أنه جعل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع غـ والحق عندي أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لا اثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى وهذا أي صحته في المشاع أو كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل للحكم وهو الملك فيكون محله فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما فظاهر جدا وأما الثاني فليس قوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا لا يجوز في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزام عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنع الشيوع كالقرض والوصية يعني أن الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو جعل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر (قوله ولان في تجويزه الزامه شيألم يلتزمه وهو مؤنة القسمة) يعني ان في تجويزه عقد الهبة في المشاع الزام الواهب شيألم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدمه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا في العناية أخذ من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني (أقول) في الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيألم يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويزه شيء انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك لأوهوب له وشيأ يستلزمه حكمها وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيأ من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيأ يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويزه هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفروز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لان سلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفروز بل حكمها هو الملك مطلقا ألا ترى ان هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائز قبل الاتفاق وحكمها ثابت قطعاً مع ان حكمها هناك ليس الملك المفروز بل لا ريب بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفروز لم يصح قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعاً ولو كان حكمها مطلقا هو الملك المفروز تعين الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفروز هذا واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه أبأوه على أنه أن يرجع عن

أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والعين ولقائل أن يقول إن الزام ما لم يلزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعا عن جوارها فقد وجد وأن خصصته بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عودته إلى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجهما عن ملكه وليس في غيره ذلك لأن المهاياة لا يحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أتلّف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوخ مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وأن كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فإن قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه أجيب بأن كلاهما فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولا نهاعقد ضمانا فينا سب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فإن قيل إذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتي والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي (١٣٣) والعبد وعقد ضمان من وجه فإن

المستقرض مضمون بالمثل
فله شبهة بالتبرع شرطنا القبض
فيه ولشبهه بعقد الضمان
لم نشترط فيه القسمة عملا
بالشبهين على أن القبض
فيه ليس منصوصا عليه فإعراى

والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولا نهاعقد ضمانا فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوخ قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لماذا كرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوخ

هبة ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اه (أقول) كل واحد من أصل بحثه وعلاونه ساقط أما الاول فلا نه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اياه الا أن طلب شريكه اياه غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولو ازمه لا بما هو من محتملات ذلك وأما الثاني فلا أن في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجب وزواياها لا يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق في الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحدث في مثل ذلك ثم أقول ببق شي في أصل هذا التعليل وهو أن الواهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمنع عنها فإن رضى بها كان ملتزما اياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه ما لم يلزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجي في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة وفي

فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تهديد القول (فان قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوخ) وبه تبين أن المانع من الشيوخ ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جلة جازت

(قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك إلى قوله بعوده الخ (قوله لأن ذلك بالاتلاف) أقول يعني ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فإنها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيه أنا لا نسلم كون القبض منصوصا عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض ضرورة التعيين على ما حققه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول قال الراعي في شرح الوجز الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالع فبالغ فقال لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضا انتهى في قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة الخ) بنى كلامه ههنا على أن الحل إذا كان معدوما حال العقد لم ينقذ إلا بالتجديد بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد (١٣٤) وذلك واضح لصلاحيته المشاع للحلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف

بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله
فالهبة فاسدة وقوله لأن
امتناع الجواز لا اتصال هو
عدم إفادة ثبوت الملك فلا
يتوهم أنه اختار قول من ذهب
إلى عدم الجواز لأنه لو كان غير
جائزا لاحتاج إلى تجديد العقد
عند الإفراز في المشاع كما في
المعدوم وإنما جعل الرهن في
السهم والدقيق والحنطة
معدوما لأنه ليس بوجود
بالفعل وإنما يحدث بالعصر
والطحن ولا معتبر بكونه
موجودا بالقوة لأن عامة
الممكنات كذلك ولا تسمى
موجودة وإذا كان العين في
يد الموهوب لا يحتاج إلى
قبض جديد لا تنفاه المانع وهو
عدم القبض فإذا وجد القبض
أمانة جاز أن ينوب عن
قبض الهبة بخلاف ما إذا
باعد منه لأن القبض في
البيع مضمون فلا ينوب عنه

قال المصنف (وهبة اللبن في
الضرع) أقول قال صاحب
التسهيل أقول في البيوع أن
النوى في التمر لا يجوز بيعه
وإن أخرجه وسلمه إلا أن يجردا
بيعا جديدا للشك في وجوده
واللبن في الضرع كذلك فينبغي
أن لا تصح هبته وإن سلم كبه
انتهى قال المولى الشهير
بخضر شاه رحمه الله تعالى
والفرق ظاهر إذا الوجود

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سهم فالهبة فاسدة فإن طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن
لأن الموهوب معدوم ولهذا الواستخرجه الغاصب بملكه والمعدوم ليس بحل للملك فوق العقد باطلا فلا
ينقذ إلا بالتجديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتملك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر
الغنم والزرع والتخل في الأرض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لأن امتناع الجواز لا اتصال وذلك يمنع
القبض كالشائع قال (وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجد فيها قبضا)
لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعته منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب
عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه

إيجابها الزام مالم يلتزم ومع ذلك العقد جائز قلنا كن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة
تلتزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لأن المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع إنما لاقت العين ولا
الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمنا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة
ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام مالم يلتزم الواهب
بعقد الهبة إن كان مانعا من جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما والجواب
بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة
بإخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها أه كلامه (أقول) لا يرى في الجواب
الذي ذكره كـ برطائل في دفع سؤال سائل لأن حاصله أن في عوده إلى ما تبرع به الزامه إخراج
عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل أن يقول إن لم يكن في المهايأة الزامه
إخراج عين عن ملكه ففيه الزامه إزالة تنفع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضررا من الثاني
مطابقا غير مسلم فكيف من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته
فتكون إزالة التنافع بها أشق على الإنسان وأكثر ضررا له من إخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته
عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فتحقق في صورتين معا غير أن الزائد عليها في أحدهما العين
وفي الأخرى المنفعة والظاهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ما تبرع به ولا يلزم
التحكم لأن المحذور في الزامه مالم يلتزمه فيما إذا عاد إلى ما تبرع به لزوم المناقاة فإن التبرع ضد اللزوم فهما
لا يمتنعان في محل واحد وفيما إذا لم يعد إلى ما تبرع به لا تلزم المناقاة فإن المهايأة لاقت المنفعة والهبة
لاقت العين فلم يصادف الزام والتبرع آنذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم إن صاحب غاية البيان
بعد أن بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يمتثل
القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك إلى الزام التهايط فتقول لا نسلم
لأن التهايط ليس بواجب لأن فيه إغارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والإغارة لا تكون واجبة أه
كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهايط يجب ويجري فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد
الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة
وما ذكره بقوله لأن فيه إغارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكننا
تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها والحاجة إليه أدية عذر
الاجتماع على الاتضاع فأشبهه القسمة فتقول لهم في هبة المشاع فيما لا يمتثل القسمة يؤدي ذلك إلى الزام
التهايط مما لا يقبل المنع أصلا (قوله وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجد فيها
قبضا إلى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والاصل في ذلك أن تجانس القبضين يحوز نيابة

أحدهما
بالفعل كاف في الهبة وإن لم يتعين به بخلاف البيع لأنه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط في انعقاد
البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقرير بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج إلى قبض) أقول كناية عن الملك (قوله لا تنفاه المانع)
أقول ووجود المقتضى وهو ظاهر لا يكتفى هنا بحث والظاهر أن يقال لو وجد الشرط وهو القبض

قبض الامانة والاصل في ذلك أن تجانس القبض يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتاج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه بإعلام ما وهبه له وليس الشهاد بشرط الآن فيه احتياطاً للتحرز عن بخود الورثة بعدم موته أو جوده بعد ادراك الولد (لأنه) أي لأن الموهوب (في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كبدته (بمخلاف ما إذا كان موهوباً أو مغصوباً أو مبيعاً ببيع فاسداً (١٣٥) لأنه في بدغيره) يعني في الأولين (أو

في ملك غيره) يعني في الآخر (والصدقة في هذا كالهبة وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له) وقيد

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كبدته بخلاف ما إذا كان موهوباً أو مغصوباً أو مبيعاً ببيع فاسداً لأنه في بدغيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتاج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو يبيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار إليه المصنف فيما سألني بعد أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في بدغيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطبقة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه إياه بعد قوله يبيع فاسد فالجواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسحة قبل القبض وبعد رفع الفاسد فالمراد بقوله فوهبه إياه فوهبه في البيع الفاسد بعد أن فسح العقد حينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسحة للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المثل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقباض على ما سيجي بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول والإيجاب هو الأذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولي مال أحد بدغيره من مالكة ببيع فاسد أو يقبضه المشتري لأننا نقول فإن أذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع أي المالك وإن لم يأذنه فيه لا ينفذ البيع أصلاً فتكون يد القباض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أي

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتاج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو يبيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار إليه المصنف فيما سألني بعد أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في بدغيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطبقة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه إياه بعد قوله يبيع فاسد فالجواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسحة قبل القبض وبعد رفع الفاسد فالمراد بقوله فوهبه إياه فوهبه في البيع الفاسد بعد أن فسح العقد حينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسحة للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المثل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقباض على ما سيجي بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول والإيجاب هو الأذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولي مال أحد بدغيره من مالكة ببيع فاسد أو يقبضه المشتري لأننا نقول فإن أذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع أي المالك وإن لم يأذنه فيه لا ينفذ البيع أصلاً فتكون يد القباض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أي

التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ لا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقيد وذلك لأنه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام كوصي الأب

(قوله أو يبيع فاسد) أقول بلا إذن البائع فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقباض على ما سيجي بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قبل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها فان كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك يحكم أنه يعولها وان له عليها يد مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال (واذا وهب اثنان من واحد داراً جازاً الخ) واذا وهب اثنان داراً من واحد جازاً لانتفاء الشبوع لان الشبوع اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلباً عاجلة وهو قوله قد قبضها جلة فلا شبوع وان كانت بالعكس لا تجوز عند أبي حنيفة وقال لا تجوز لان هذه هبة الجلة بينهما لا اتحاد التملك ولا شبوع في هبة الجلة كما اذارهن من رجلين بل أولى لان تأخير الشبوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحمّل القسمة دون الهبة (١٣٧) ثم انه لو رهن من رجلين جاز

فالهبة أولى ولا يـ حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما اولهذالو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كالأو وهب النصف لكل واحد منهم ما بعد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التملك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشبوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشبوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك اذا الحكم يثبت بقدر دليله وهذا الاستدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشبوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعاً فما اذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعاً ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشبوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين

لان تصرف هؤلاء الضرورة لا يتقوى بض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد داراً جازاً) لانهم سلباً عاجلة وهو قد قبضها جلة فلا شبوع (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يصح) لان هذه هبة الجلة منهما اذا التملك واحد فلا يتحقق الشبوع كما اذارهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما اولهذالو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشبوع

وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها انتهى كلامه واقتنى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان شيخ الاسلام نحو اهرزاده قال في مبسوطه فن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والاب والجد والآخر وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الأجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الأقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أن في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولاً آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازاً عنه كما لا يخفى وأنا أتجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقاً بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعوا اليه وأما بعده من حيث المعنى فلهذا لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الإيضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً قال ويملك مع حياة الاب بدل قوله يملك مع حضرة الأب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل توقف (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشبوع) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد

وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصراً فيه بل الحكم يدور على نفس الشبوع لامتناع القبض به

(قوله قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها) أقول قال الامام جلال الدين البخاري من مشايخنا من سوى بين الزوج والأجنبي والام والجد والآخر في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عيالهم وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره فحينئذ في قوله ليست رواية أخرى بحث (قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول لو كان تقرير الدليل ماحراً للشارح لغا قول المصنف فيكون التملك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك

(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهد به و وجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كلاً ولهذا الوقضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن وذ كر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية الأصل وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة و رواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلو فلا شيوع فيها (١٣٨) وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والفرض انهما اثنتان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل

بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كلاً إذا تضاف فيه فلا شيوع ولهذا الوقضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن (وفي الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهم أجاز ولو تصدق به على غنيين أو وهبها لهم لم يجوز وقال يجوز للغنيين أيضاً) جعل كل واحد منهم ما يجاز عن الآخر والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما مملوك بغير بدل و فرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الأصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوع مائع في الفصلين اتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنتان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمدكور في الأصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما مثلثاها وللاخر ثلثها لم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها وللاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

منه ما في المصنف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع بجواز الهبة إلا لذلك وإذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك إذا الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حره الشارح اغا قول المصنف فيكون التملك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لغا حينئذ قول المصنف فيكون التملك كذلك وليس كذلك بل مراده أن هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتدائية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التملك أيضاً كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم إن قوله والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما مثلثاها وللاخر ثلثها لم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها وللاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) أعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء من غير سابقة الأجمال أو يكون بعد الأجمال فإن كان الأول لم يجوز بخلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل أو بالتفصيل والمثلين أو بالتساوي كالتنصيف وإن كان الثاني لم يجوز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً وجاز عند محمد مطلقاً و فرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة جواز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي

ما ذكر في الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازاً للهبة ويجوز المجاز على ما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما مملوك بغير بدل قال (ولو وهب لرجلين داراً الخ) أعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء أو بعد الأجمال فإن كان الأول لم يجوز بخلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل أو بالتفصيل كقوله وهبت لك ثلثه لشخص وهبت لك ثلثه لاخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولاخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وإن كان الثاني لم يجوز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً وجاز عند محمد مطلقاً على أصله و فرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة في جواز في المساواة جواز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي

يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية

جعل

(قوله فإن كان الأول لم يجوز بخلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل أو بالتفصيل كقوله وهبت لك ثلثه لشخص وهبت لك ثلثه لاخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولاخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لاخر متعلق أيضاً والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثه وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثه وقوله بالتفصيل بالصاد المهيمنة وقوله بالتفصيل بالصاد المهيمنة وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفصيل والضمير في قوله ولم يذكره راجع إلى الأول في قوله فإن كان الأول لم يجوز بخلاف

جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتداءً ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والابضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتداءً والفرق لأبي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز وأما رواية الجواز فليكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بحاجة إلى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل إن قوله أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بماذا كرموضع خلافه من الأبعاض وما ليس فيه خلاف من الأبعاض فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لك هذه الدار لك نصفها ولهذا انصفها جاز وأما لا يجوز زعمه التنصيص على الأبعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لأنه يستدل على ما عدل فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بحاجة إلى الدليل بل بآثارها على أصله ووضع دلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض (١٣٩) خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء

على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضا وهو أن التفصيل إذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال غلظ كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا وإذا خالفه كما في التمثيل كان معتبرا ويفيد تفريق العقد فكانه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع جملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فإن حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت

فأبو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض

باب الرجوع في الهبة

جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتداءً حيث قال ولو فصل ابتداءً بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بأن قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا انصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والابضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذلك ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتداءً بانتهى (أقول) يرشد إلى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها والاخر نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لسكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه

باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للوهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج إلى بيان مواضع

حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

(١٧ - تم كله سابع)

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للوهوب له غير لازم فكان الرجوع ههنا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر ذلك وهذا الباب لبيان (قوله وليس بظاهر) أقول أي ما ذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول ظاهرا لقربه (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فإن قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أي تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول الباء متعلقة بالضمير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لأنه يستدل) أقول هذا ناظر إلى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول يعني يستوى في الرهن المساواة الخ

باب الرجوع في الهبة

(قوله وهذا الباب لبيان) أقول فيه بحث

(واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذارحم محررم منه فخرج منه من كان ذارحم وليس بمحررم كبنى الاعمام والاخوان ومن كان محرما ليس بذى رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثاني ولم يقتن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده) رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقرره (١٣٠) انا لانسم ذلك لان التملك لم يتم لكونه جزأه (قوله على أصله) أي على الشافعي فان

قال (واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التملك لكونه جزأه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض

الرجوع وموانعه وهذا باب (قوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود أي اذا وهب هبة لاجنبي أو لذى رحم ليس بمحررم أو لذى محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقتن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزبادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء أو بالرضا من غير استيجاب بل هو مذكور وبين كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذارحم محررم منه فخرج منه من كان ذارحم وليس بمحررم كبنى الاعمام والاخوان ومن كان محرما ليس بذى رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثاني ولم يقتن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى (أقول) في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان خلل فاعش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب واجنبي اخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لخراج المؤنث وانما هو للجرى على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بشان القيد الذين اعترف الشارح المزبور أيضا بأنه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك ان لم يقتن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع * ثم أقول للمانع أن يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيد في أثناء كلام القدوري في مختصره والعهد في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو

من أصله أن اللاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه أو كسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن غيره فيها حق ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

(قوله ذارحم محررم) أقول جوعلى الجوار (قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما الآخر بل الوجه احواله خروجه الى القيد الثاني الذي لا بد منه فان النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم

(قوله أحدهما وسلمها اليه) أقول لا بد من هذا القيد والا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولا خلاف في جوازه (قوله كان والثاني ولم يقتن من موانع الرجوع شيء) أقول فيه شيء (قوله والعقد لا يقتضي ما يضاده) أقول من الذي ادعى الاقتضاء (قوله أي على الشافعي) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعي (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله في تجوز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل في أحقية الواهب بعد التسليم فان الثابت للوهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الاول الآن يقال الاحقية باعتبار أن الواهب حق التملك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للوهوب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر (قوله ولا نهلو كان كذلك لخلاف قوله مالم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يجزى الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح

ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعامة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبعاد الرجوع واثباته للوالد

كان كذلك لاقوله ما لم يثبت منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية أيضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد أشار في الكافي أيضا الى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهيته ما لم يثبت منها أي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم وضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول أكلنا خبز فلان الخبز وان كان اشتراه منه ولانه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه منتهى هذا الحق الى وصول العوض اليه وذافي حق الرجوع بعد التسليم انتهى (أقول) في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث أما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤهل اليه كما في نحو أرائني أعصر خرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذلك وأما في الثاني فلانه قد تقر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو أهون عليه اذ ليس شيء أهون على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الامور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهيته ما لم يثبت منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلو به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع قاذح في مقام الاستدلال على ان لقائل أن يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنهما مكرها ولما قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبضه لان الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الناضل وترجيح الغالب فالوجه تجريد أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للقامين وتوفيقا للكلامين فتأمل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجر الى القول بعقود الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية (أقول) صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعامة) لان الغادة الظاهرة أن الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير بخلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساويين والمدعى كان أعم بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا في الثالث ومع هذا الرجوع في النكل ما لم يعوض انتهى (أقول) يمكن توجيهه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالي والتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم

(ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعامة) لان الغادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا (فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبعاد الرجوع) يعني لا يستبعد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينقرب منه من غير قضاء أو رضا الا للوالد

(قوله لان الغادة الظاهرة أن الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه الخ) أقول المفهوم من هذا التقرير بخلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساويين والمدعى كان أعم

لأنه يملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه ثم الرجوع موانع ذكر بعضها

التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالخصوص بالتساويين هو التعويض المالي وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والادنى والمساوى والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعرض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمساواة لأن الإنسان يهتدى إلى من فوقه ليصونه بحاجته وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه ومنه يقال لا يبدى قروض انتهى * ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيدتني العوض ينبغي أن يمنع الرجوع لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يعرض يدل على جواز الرجوع وإن قيدتني العوض انتهى (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأننا لنسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بمتنى العوض فإن التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب إياه والغائب بل بحسب عروفة الموهوب له وجرى العادة على التعويض وبنى الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لهيجان عروفة الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما من فنذكر (قوله لأنه يملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً) أي باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء باعناً قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لأن المراد بملك الوالد هبة تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا أساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في تملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالأول حيث قال في البدائع فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد لا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للاتفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يبطل لولده عند احتياجه إلى ذلك للاتفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتمديات (قوله وقوله في الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه) قال الشارح العيني قيل قد استدلل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا أو القضاء فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون اعانته على المعصية التي هي معصية أخرى متبعة لا يجوز إذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وإنما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في أصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر ومكروه انتهى كلامه (أقول) هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فإن الذي كان مكروهاً انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز

فأنه ذلك إذا احتاج إليه لحاجته وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (وقوله في الكتاب) أي القدوري (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه) لا تخبر به بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قبته وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة * يا صاحبي حروف دمع خرقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والراء الزوجة والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف

(قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا الاستقباحه لا تخبر به) أقول فيه حديث (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) أقول لا يظهر في رواية أخرى

(فقال الآن يعوضه عنها المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المتصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة (لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا (١٣٣) فرب زيادة صورة كانت نقصانا

في المعنى كالأصبع الزائدة مثلا وطول بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالهبة واجب بأن الرد في المنفصلة أما أن يرد على الأصل والزيادة جميعا أو على الأصل وحده لا سبيل إلى الأول لان الزيادة إما أن تكون مفصولة بالرد أو بالتبعية والأول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة ولا إلى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم تفيض إلى الربا وأما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو من حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة

فقال (الآن يعوضه عنها) المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لان يموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه قال (أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه

الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لان نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا عانة على أمر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على أصل ائتمناه وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبيا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه بلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه أيضا الزام المكروه لان دفع الهبة إلى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئا من اختلاف العلماء في مسألة لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا رافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بهذا فيره هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اه (أقول) بل من ذلك القيد الآخر بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالأصبع الزائدة مثلا اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج إلى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال أما لو زاد الموهوب في نفسه لكان لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا معنى كالأصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله في الذخيرة * ثم أقول بقي ههنا شئ وهو أنهم صرحوا بأن الزيادة الصورة التي لا يورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالأصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذي ذكره والمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة أيضا فليتأمل

مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختباره فكانت مانعة (واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك إلى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التملك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب

قال (فان وهب لا آخر أرضا بياض الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآرى هو المعلق عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآرى الأخيه وهي عروة جبل تشد اليها الدابة في محبسها فاقول من تارى بالمكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والواو للحال لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له الواهب) بيان الالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما - ما أن يرجع في هبته وليس من شرط العوض أن يساوى الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ولا أن ينحصر العوض على الموهوب بل لو عوضه عنه أجنبي متبرعا صرح (واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لا يسقط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه (١٣٤) شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب

مثل أن يكون الموهوب دارا أو العوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم يقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لفر فانه قال الحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة أو ذكره انشافاً أجيب بأنه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما أمر به فظاهر افسار كتعويضه بنفسه

قال (فان وهب لا آخر أرضا بياضاً فأثبت في ناحية منها نخسلاً أو بني بيتاً أو دكاناً أو آرياً أو كان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله (وكان ذلك زيادة فيها) لأن كان قد يكون صغيراً حقيراً لا بعد زيادة أصلاً وقد تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها) لان له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولا ان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها به - دما وهب لها فله الرجوع ولو أباها به بعد ما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدل أعنيها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً (وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لا يسقط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح

في التوجيه (قوله فان وهب لا آخر أرضا بياضاً فأثبت في ناحية منها نخسلاً) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اه أقول وجه التأخير أن المصنف كره أن يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصر القدر يرى به كره مسألة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسألة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشي لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجة من أصول الموانع بين التفرعات بقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر تفتق (قوله فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) أقول قيد

ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بأمره غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه النصف بمعاوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحاً ما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلا نفي التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمراً بالتبرع بماله نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول ليس في محله (قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوى الموهوب قال المصنف (كبذل الخلع والصلح) أقول قال في الكافي عن دم العمد وانما قيد به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعني يشترط في العوض (قوله لانا نعلم يقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضاً عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول فيه بحث

(واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع بنصف العوض) قاس أحد العوضين على الآخر لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كافي بيع العرض بالعرض فإنه إذا استحق بعض أحد ما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لأن البقاء أسهل من الابتداء ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر أنه لا عوض من الابتداء الا هو وعرض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فإذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء واجب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض عما ذكرنا من الدليل بخلاف ما إذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيوزع البديل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم أخذ العوض عليه لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله إلا أنه) أي إلا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يسكه ولم يرجع بشيء (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا يسلم له كل العوض ولم يسلم له أن يرد ما بقي من العوض (١٣٥) وان وهب دارا فموضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع

قال (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء والاستحقاق يظهر أنه لا عوض الا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا يسلم له كل العوض ولم يسلم له أن يرد (وان وهب دارا فموضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء

النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والنظام عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتمدين اذ الحكم فيما اذا باع نص فها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نص فها غير مقسوم كان هبة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نص فها مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله وان عوضه أجني عن الموهوب له متبرعا فتبصر (قوله وقال زفر رجع الله رجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رجع الله رجع بنصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف

الرجوع الا بتراضيهما الخ لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا والقضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء قيل لان الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينقد حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد قائل (قوله ولا أن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد الوجهين لا يستقل وجهها الا بحظة الآخر ووقع في نسخة مقروءة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في ايجاب ما هو حكمه (قوله لكونها تبرعا لم ينقد حكمها ما لم ينضم اليها القبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقي والجزء واللوز في قشره فإنه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول أوالتابعين بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة
وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ
خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها أن كان الثواب فقد حصل وإن كان العوض لم يحصل (ف) إذا تردد (لا بد
من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك
في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك إلا أن يمنعه بعد الطلب لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخاً
من الأصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عادلياً بتراضيهما فأشبهه الرد بالعيب فإنه إذا كان
بالقضاء كان فسخاً وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد
أبدياً ثباتاً وههنا تراضياً على رفع سبب (١٣٦) غير لازم وذلك لا يوجب ملكاً مبتدأ بل يكون فسخاً من الأصل (حتى

وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت
الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد
القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء
أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع
جائزاً وجباً حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً حقاً بابتاله فيظهر على الإطلاق

وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهراً من تقرير
النصف منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل
الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لأن الواهب إن كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع
بملكه وقال تاج الشريعة لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة
المتصلة وبغيرها من الموانع واقتنى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا
يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور أي
فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفاً في ملك الغير في الجميع فلا يصح تقرير
بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتاً بخلاف القياس إذ لو كان علّة البطلان ذلك لزم أن
يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلّة في صورة فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة
وبغيرها من الموانع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتاً بخلاف القياس واعتراض
بعض الفضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لا تقاضيه بكل ما ثبت بالنص
على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لأنه إن أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس
أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفاً فالحمد لله في ذلك إذا الظاهر أن كل
ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت
بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بغير النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وإن

لا يشترط قبض الواهب
ويصح في الشائع) كما إذا
وهب الدار ثم رجع في
نصفها ولو كان الرجوع
بغير القضاء هبة مبتدأة لما
صح فيما يحتمل القسمة
كما في الآية بدءاً فصحته
دليل على بقاء العقد في
النصف الآخر والشيوع
طارئ لا أثر له فيها (قوله
لأن العقد) هو الدليل
على المطلوب وتقريره
أن هذا العقد جائز الفسخ
لما تقدم من ثبوت حق
الرجوع وما هو وجائز
الفسخ يقتضي جواز استيفاء
حق ثابت له ولا فرق في
ذلك بين الرضا والقضاء
لانهما يفعلا بالتراضي
ما يفعل القاضى وهو
الفسخ فيظهر على
الإطلاق ليشتمل التراضي
والقضاء

اراد

(قوله لأنه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لا انتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الوهاء بالمد
خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ) أقول قال مولانا إياس وهذا خطأ عظيم
لأن الوهي على وزن الرمي يسكون الهاء ومد مثله خطأ لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد للراوجة (قوله فإذا تردد لا بد من
الفصل الخ) أقول ظاهراً أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تقرير على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق
بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهلك قبله إلى قوله بعده) أقول يعني هلك قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على
سبب موجب للملك) أقول جواباً ببدء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد في النصف) أقول فيه بحث
(قوله وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير في قوله راجع إلى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين
الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (ثمولة لانها يفعلا بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع إلى ما

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة

أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقفاً على الرضا أو القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بنهاياتها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا تفتاض به ثم ان الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء بالمد خط وانما هو الوهي مصدر وهي الجبل يهي وهيا اذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ اه ولا يذهب على ذي فطنة ان الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب وانما هو الوهي مقصور الوهاء وليس كذلك قطعاً بل هو على وزن الفاعل يفتح الواو وسكون الهاء كالرعي ومن السبب فيه قول صاحب المغرب مصدر وهي الجبل يهي وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصوراً لقال وهيا كما لا يخفى وقد تفتن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لان جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اه ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهي يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطاً لان هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى وقلاء على وزن فعال وهاء كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فان فتحت القاف مدت تقول قلاء بقلبه قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشارح أيضاً في تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضاً مصدراً اذ قد تقرر في علم الادب أن مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فجاء القلاء مصدران قلى وقلى كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضاً مصدراً من وهي يهي فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطاً بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه في قوله الوهاء بالمد خطاً ينافي تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهي لان في قوله هذا قصر مصدر وهي يهي على الوهي بتسكين الهاء فكون الوهاء أيضاً مصدران منه ينافي ذلك قطعاً ثم ان صاحب الكافي ومن حذاقهم من الشراح كما حجي الكفاية ومراجع الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا بمن له ولاية عامة وهو القاضي أو من مالوا ليهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظراً ما أؤلفاً لانه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد بدأه بالبائع وفي العدة دعوان كل واحد منهما مال ملك البيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد في صلب العقد ولان له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضاً به بل هو منقوض أيضاً بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه وأما ثانياً فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا لا الوهاب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سبأني وفرقوا بينهم بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الوهاب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة

وقوله (بخلاف الرد)
جواب عن قياس زفر
وتقريره أن الرد بالعيب
بعد القبض انما كان في
صورة القضاء خاصة لان
الحق هناك في وصف
السلامة حتى لو زال العيب
قبل رد المبيع بطل الرد
لسلامة حقه له

لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا اتراضى باعلى ما لم يقتضه العقد من دفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضي فانما يقتضى أو لا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا وفائدة هذا انه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لا خرم رجوع الثاني في هبته كان الاول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافا لفرق في غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فلا بائع أن يرد على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب (١٣٨) بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له أى الواهب

احتراز عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض يحفظها لاجله فان قيل غره بايجابه الملك له في الحمل واخباره بانه ملكه والغرر يوجب الضمان كالبائع اذا غرر المشتري أجاب بأن الغرر في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرر في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تم بلى هذا العبد لأن يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع

لا في الفسخ فافترقا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرر في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشبوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابض اصح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهوا وقال زفر والشافعي رجعهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يترأخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

لا في الفسخ فافترقا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بوجوب قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يهب منها واقتوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالظاهر في تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين ليكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهي أن قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما يفيد أولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقرب ويمكن دفعها بهناية فتأمل

(فصل

أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما

بدون القبض ويبطل بالشبوع فان تقابض اصح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيع انتهوا وقال الشافعي وزفر هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر وأما إمكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يترأخى عن ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

(قوله أجاب بأن الغرر الى قوله وقد تقدم) أقول يعني تقدم في المضاربة

وقد يوجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض وإذا انتفى المناقاة أمكن الجمع لا محالة فعملنا بما مرنا به من أن اللفظ هو اللفظ الهبة وانتهاء معناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض كالهبة في المرض فانما تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ولا يتم بالشبوع فيما يحتمل القسمة وانتهاءه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح أن يكون مالاً لنفسه

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعاقذ كرها في فصل على حدة قال (ومن وهب جارية الاجلها الخ) اعلم أن استثناء الاجل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعاً وقسم منها ما يصحان فيه جميعاً فالاول ما نحن فيه من الهبة (١٣٩) ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه

اذا وهب الجارية الاجلها صححت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعاقذ وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية الاجلها صححت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفاً لا يرد على الاوصاف مقصوداً حتى لو وهب الجارية لا تحل الا بصلح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لان اسم الجارية يتناول المحل تبعاً لكونه جزءاً منها فلما استثنى المحل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في المفقوظ والجزء من أجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناءه لانه ليس بمفقوظ اهـ (أقول) فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء المحل في الوصية أيضاً لجرى به فيه ما جرى في البيع كذلك قطعاً على ما صرحوا به فاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الاجلها صححت الوصية

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالاً لنفسه

فصل قال (ومن وهب جارية الاجلها صححت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعاقذ وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية الاجلها صححت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفاً لا يرد على الاوصاف مقصوداً حتى لو وهب الجارية لا تحل الا بصلح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لان اسم الجارية يتناول المحل تبعاً لكونه جزءاً منها فلما استثنى المحل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في المفقوظ والجزء من أجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناءه لانه ليس بمفقوظ اهـ (أقول) فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء المحل في الوصية أيضاً لجرى به فيه ما جرى في البيع كذلك قطعاً على ما صرحوا به فاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الاجلها صححت الوصية

في الضرر فانه اذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزءه أو اللين في الضرر وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحساناً دون المحل وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللين وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعـل في ذلك نائباً عن الواهب بخلاف الجزاء في الصوف والحلب في اللبن (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

فصل ومن وهب جارية (قوله فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول الاولى ترك كلمة من الآن يقلل المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن) أقول فيه عساه أن انتفاخ على ما مر في البيوع (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول فان قيل الظاهر أن الإشارة الى عدم البطلان بالشروط الفاسدة قلنا فيلزم المصادرة

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) إشارة الى القسم الثاني (لأنها تبطل بها) أي بالشروط الفلسفية ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسند كره فيها (ولو أعتق (١٤٠) ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه

بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبهه الاستثناء) في إمكان تجوز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باطل وهو جعل الحمل موهوبا (وهنا التدبير يمنع عن ذلك فبقية هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأزول منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد التناهي فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوع

بخلاف البيع والاجارة والرهن لأنها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبهه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز لأن الحمل باطل فبقية هبة المشاع (فأشبهه الاستثناء) في إمكان تجوز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باطل وهو جعل الحمل موهوبا (وهنا التدبير يمنع عن ذلك فبقية هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأزول منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد التناهي فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوع

الواهب

والمصنف أراد بالاستثناء

استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابه في جواز الهبة والتدبير لم يشابه كما تقدم

(فان وهبها له على أن يرد لها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدق (١٤١) عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها

أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشروط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فان كونه عوضاً انما هو بالفاظ تقيد بدم ذكرها وانما يبطل الشرط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقاً لا بتوقيت فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك فتقيد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وأصل ذلك ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط العمرى رجوعها اليه بعد موت الممرله وجعلها ميراثاً لورثة الممرله بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برى أو قال اذا أدبت الى النصف فلك نصفه أو أنت برى من النصف الباقي فهو باطل لان البراءة تلي من وجه لا رتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين عن

قال (فان وهبها له على أن يرد لها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشروط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط الممرى بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برى أو قال اذا أدبت الى النصف فلك نصفه أو أنت برى من النصف الباقي فهو باطل) لان البراءة تلي من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين عن عليه ابراه وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا

الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا بدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعض وضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنبين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجواني الذي فيه طعام الواهب ولكنه امر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعاً يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعاً يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجواني وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة كما لو جرد اختلاط الملك في صورتين جميعاً انتهى (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فبقية هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيهها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجواني وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى (أقول) فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عند فاستشعار السؤال المسفور لا يقتضي لرداف الوجه الاول بشيء آخر اكون ذلك السؤال مندفعاً عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضياً عنده كان عليه بيان خله ولم يبينه قط (قوله أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشروط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق ألف والتشريع لا يصح أعني ان قوله على أن يرد عليه شيئاً متصل بقوله أو وهب له داراً أو قوله أو يعوضه شيئاً متصلاً بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيئاً بقوله أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لاني الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولاً بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئاً منها الى قوله واذا وهب داراً الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على أن يرد عليه شيئاً منها انتهى كلامه وقد اذنتي أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع (أقول) في تحريره ما قصور اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيئاً منها سيبا بعد قوله على

عليه ابراه لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تليكا من وجه اسقاطا من وجه

أن يرد عليه شيئاً منها نحو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساء به اللفظ لا يتبع في بعيد وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيئاً منها إلى ما هو غير مذكور ههنا أصلاً كالقوله لا يعوضه شيئاً من الواهب أو يعوضه شيئاً من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الأول كما يشعر به لفظة اللهم إلا أن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب ثم إن هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الأول فإنه قال فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدق على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو يعوضها بثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئاً منها إلى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجوز ارادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر نكتن في لزوم التكرار وسند كرم ما يتعلق به وكأن الإمام الزبلي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواحة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيئاً منها فيه اشكال فإنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وإن أراد به أن يعوضه عن شيء آمن العين الموهوبة فهو تكرر محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئاً منها انتهى كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك التردد أيضاً بل قصر على الشق الثاني ليكون ذلك نصافي هذا الشق كمنهت عليه أنه ثم إن صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضاً حيث لم يتعرض للشق الأول أصلاً بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئاً منها ويعوضه لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فإن كونه عوضاً انما هو باللفاظ تقدم ذكرها انتهى (أقول) فيما قاله نظر لأن الرد عليه وإن لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به إلا أنه يشمل ذلك ويعمه إذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاء الموهوب له الواهب عوضاً عن كل الدار أنه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيئاً منها غنياً عن قوله أو يعوضه شيئاً منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيئاً منها مصروفاً أيضاً إلى الهبة دون التصديق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعوضه شيئاً منها يرجع إلى التصديق فإنه إذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط وإذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) إذا وهب بشرط أن يعوض شيئاً فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح إذا كان معلوماً فعمل أن قوله أو يعوضه يرجع إلى الهبة والصدقة إلى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب إليه صدر الشريعة خلاف ما أراد واضع هذه المسئلة فإن واضعها الإمام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا ينبغي أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما إذا كان العوض معلوماً إلا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيئاً منها فلفظ شيئاً من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم إن بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول أنه إذا وهب

والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يخلف بها كالطلاق والعناق فلا يمتد لها إلى ما فيه تعليق فان قيل قولهم عبة الدين ممن عليه الدين لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله أحجب بأن توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بقوات القبض المستحق بعقد الصرف وأخذ انعاقدين لا يتفرد بنفسه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) يفيد (٤٣) باطلاقة أن عمل الرد في المجلس وغيره

سواء هو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب أن يرد في مجلس الإبراء والهبة وقوله (بالاسقاطات المحضة التي يخلف بها) هذا إشارة إلى أن من الاسقاطات المحضة ما لا يخلف بها أي لا يقبل التعليق بالشروط كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها ومنها ما لا يخلف بها (كالطلاق والعناق) وغيرها (والعمري) وهو أن يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه (جائزة للعملة في حال حياته ولورثته من بعده لما روي) أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري (والشرط) وهو قوله فاذا مات ترد عليه (باطل لما روي) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعسر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة (والرقبي) وهو أن يقول الرجل لغيره داري لك رقبتي (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لا تفيده ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للعمري أن يرجع

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يخلف بها كالطلاق والعناق فلا يمتد لها (والعمري جائزة للعملة في حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه أن يجعل داره عمره واذا مات ترد عليه فيصح التملك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقبي باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) رجهما الله وقال أبو يوسف جائزة) لأن قوله داري لك تملك وقوله رقبتي شرط فاسد كالعمري ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري ورد الرقبتي

بشرط أن يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لأن العوض معلوم مع أنه ليس كذلك إذ قد صرح في غاية البيان أنه اذا وهب دار أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتا معينا منها أو درهما واحدا من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لأن بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضا والواهب أن يرجع في هبته لا لعدم العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضا كما لا يخفى انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بل لا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعربات هو أنه اذا شرط الواهب أن يعوضه به ضامن العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضا أمر مقرر لا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد عليهم ما اتوهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعد اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسئلة كما ثبت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الأقوال مما لم أسبق إليه فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يخلف بها) قال صاحب العناية هذا إشارة إلى أن من الاسقاطات المحضة ما لا يخلف بها كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها (أقول) في قوله والإبراء عن الدين منها خبط ظاهر إذ قد مر أن الإبراء تعليق من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لأن قوله داري لك تملك وقوله رقبتي شرط فاسد كالعمري) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لأن قوله داري لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد لأنه تعليق بالخطر ان كان الرقبتي مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الأرقاب فكأنه قال رقبته داري لك فصار كالعمري انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقبتي عند كون الرقبتي مأخوذا من الرقبة رقبته داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبتي شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبته داري لك في شيء كما ترى ولا

فيه ويسعه في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لأن قوله داري لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبتي مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الأرقاب فكأنه قال رقبته داري لك فصار كالعمري (ولهما) ما روي الشعبي عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري ورد الرقبتي) ولان معنى الرقبتي عندهما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب مونه وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده) يجوز للعمري أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر للعمري

(وقوله ولان معنى الرقي عندهما) يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد وابتدع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن فان قيل فما جوابهم عما عن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العري والرقي أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقي مفسرا بوجهه (١٤٤) واضح صحيح فأجاب بجوازه والله تعالى أعلم

فصل في الصدقة
لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتختلفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وجعلها فصلا قال (الصدقة كالهبة) الصدقة لا تتم الا بمقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما ينافي الهبة ان الشموع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبه عوض عنها وفيه تأمل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن أن يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحسنانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا الى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في

ولان معنى الرقي عندهما ان من قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به
فصل في الصدقة قال (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما ينافي الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غنى استحسنانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال (ومن نذر أن يتصدق بعماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بعماله لزمه ان يتصدق بالجميع) ويروى أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعبالك الى أن تكنسب فاذا اكتسب مالا يتصدق بعماله ما تنفق) وقد ذكرناه من قبل

يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى (قوله ولان معنى الرقي عندهما ان من قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد وابتدع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن انما الى هنا كلامه (أقول) لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يقبض عليه ان اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجهه والشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقي مع اتفاقهم انهم من المراقبة فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تملك للعالم مع انتظار الواهب في الرجوع فالتملك جائز وانتظار الرجوع باطل كافي العمرى وقال المراقبة في نفس التملك لان معنى الرقي هذه الدار لا آخر ناموتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان من قبلك فهي لك وان من قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التملك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندى قول أبي يوسف أصح ان غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد كافي العمرى انتهى (أقول) فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشرط الفاسد اذا لم يمنع الشرط ثبوت التملك ابتداء وأما اذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التملك وفيما نحن فيه يمنع الرقي ثبوت التملك ابتداء على تفسيرهما اياها كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للعمرى حال حياته ولو رثته من بعده ولو قال داري لك رقي أو حبيس فهو باطل عند محمد وأبي حنيفة خلافا لابي

ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغنى لا ينافي الرقبة (قوله ومن نذر أن يتصدق بعماله يوسف الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعانة ههنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
فصل في الصدقة (قوله فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله) أقول كان يكفي في الإراد أن يقال حصول الثواب انما هو في الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لان الله تعالى لا يخلف الميعاد

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام تعليق الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تعليق المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسند كرمعنى الاجارة لغة وشريعة وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصار والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار (١٤٥) يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل

تحمّل أثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسيبها ما حرم غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيه او ما شرطها فعلمية البدلين وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالتفات الموضوع لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ)

كتاب الاجارات

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجرى الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة (قوله ذات افراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أى المنافع التي ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول

كتاب الاجارات

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

يوسف والاصل ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويطل الشرط ثم تفسير العمري أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مات فهي رد على فيصم الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التملك وتفسير الحبيس أن يقول هي حبيس عندي فان مات فهي لك وتفسير الرقي أن يقول هذه الدار لا خزانة موتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان مات فهي لك وان مات فهي لي فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام تعليق الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تعليق المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انه ما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى أن حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصار والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد في قوله ذات افراد الأشخاص الجزئية كما هو المتبادر من انظر الافراد لم تحصل فائدة في جمعها اذا لم يحتمل عند أحد أن يكون حقيقة مفردة واحدة متخصى أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها الاشارة الى أن ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان أراد بالافراد في قوله المزبور الأنواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغي أن يرتكب وينبغي عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي أن يقال انما جمعها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور لا كنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطة ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سياتي تفصيلها عن قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال تعليق المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح

(١٩ - تكمله سابع)

ولو قال تعليق المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزياي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقربة الشهرة فليست أم ثم اعلم أن ما ذكره الزياي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف للمسلمة في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب ملك المنفعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيّد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصد الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصل وان عم فلا حاجة الى التقييد

لان الاجارة في اللغة بيع المنافع

فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقريضة الشهرة فليتامل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك قطعاً لاستباحة محضه والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقبة بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة أنه اختص به انتفاعاً وجراً وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكثير من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكثر نفسه أيضاً صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تمليك المتعة قصد ائحالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من أباح شيئاً فانما يتلفه على ملك المبيع فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه والمجيب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة يخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من انه سبب ملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفاً لما تقرر فيما سبق * ثم أقول يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب ملك المتعة وقال صاحب الكافي والشرح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمي الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله تعالى فأتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشا كل الاجارة ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العبد حتى لا ينعقد الا مؤبداً والاجارة لا ينعقد الا مؤقتة فبينهما منافاة فأنى تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العبد حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بأنهم عقد على المنافع بعوض أو بأنها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل نقف وقال في غايه البيان وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله اه (أقول) وهذا أيضاً ليس بسديد اذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بأن المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيختل قطعاً (قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح العيني قبل فيه نظراً لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز أن تكون مصدراً فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطرياً الى حتى كتبت في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل ان أرى ما كتبه غيره وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده

بين المفهوم الشرعي قبل
اللغوي لان اللغوي هو
الشرعي بلا مخالفة وهو في
بيان شرعيتها فالشرعي
أولى بالتقديم ولما كانت
عبارة عن تمليك المنافع

قال المصنف (لان الاجارة
في اللغة بيع المنافع) أقول
فيه بحث أما أولاً فلا بد
من ضخمة اهـ هذا التعليل
حتى يتم كأن يقال ولم
يثبت نفسه في الشرع الى
معنى آخر وأما ثانياً
فلا أنه مخالف لما في كتب
اللغة كالمغرب وغيره أنها
اسم للاجرة (قوله لان
اللغوي هو الشرعي بلا
مخالفة) أقول فيه بحث
(قوله فالشرعي أولى
بالتقديم) أقول فيه بحث

وهي غير موجودة في الحال لم

يقتض القياس جوازها الا

انها جوزت على خلاف

القياس بالاثارة لحاجة الناس

فكان استحسانا بالاثار ومن

الاثر الدالة على صحتها

ما ذكره في الكتاب وهو قوله

صلى الله عليه وسلم أعطوا

الاجر أجره قبل أن يحف

عرقه فان الامر باعطاء الاجر

دليل على صحة العقد وقوله

عليه الصلاة والسلام من

استاجر اجيرا فليعلم أجره وفيه

زيادة بيان أن معلومية الاجر

شرط جوازها (وتنقد الاجارة

ساعة فساعة على حسب

حدوث المنافع) لانها هي

المعقود عليه فالمثل في البدلين

أيضا يقع ساعة فساعة لان

المعاوضة تقتضي التساوي

والمثل في المنفعة يقع ساعة

فساعة على حسب حدوثها

فكذا في بدلها وهو الاجرة

فان قيل اذا كان كذلك وجب

أن يصح رجوع المستاجر في

الساعة الثانية قبل أن ينقصد

العقد فيها واذا استاجر شهرا

متلايس له أن يمتنع بلا عذر

قال المصنف (والقياس بأبي

جوازه) أقول ذكر الضمير

الراجع الى الاجارة باعتبار أنها

عقد قال المصنف (وقد

شهدت بصحتها الاثر وهو

الخ) أقول هو راجع الى

الاثر والاثر والتذكير

باعتبار الخبر قال المصنف

(وتنقد ساعة فساعة على

حسب حدوث المنفعة

والقياس بأبي جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليل الى ما سيوجد لا يصح الا
أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجر
أجره قبل أن يحف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استاجر اجيرا فليعلم أجره وتنقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة

بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدر منه كما تقول
كتب يكتب كتابة بعد قوله ووجه اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا
أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب
ان مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدر من كتب لا يقتضي كون الاجارة أيضا
مصدر من أجر فان الكتابة سمعت مصدر من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدر اقط والكلام فيما
سمع من أهل اللغة لافي الاحتمال العقلي على انه لو سلم محي الاجارة في اللغة مصدر من أجره اذا أعطاه
أجره كمحى الاجر مصدر منه لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع
المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان
صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان
شرعيتهما فالشرعي أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء
على انه في بيان شرعيتهما لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع
سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي أو مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على
تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي
ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن
طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع
ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل
تدبر فانه وجه حسن (قوله الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثر) قال
صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثارة لحاجة الناس فكان
استحسانا بالاثار اه (أقول) في تقريره قصورا اذا المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس
بالاثار ومن قوله فكان استحسانا بالاثار أن ينحصر دليل شرعيتهما في الاثر والاثار تكون فائدة في ذكر
قيد الاثر في الموضوعين وليس ذلك ينحصر في الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان
أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك إحدى
ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف
تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهي قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجر
أجره قبل أن يحف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحته (أقول) لقائل أن
يقول سيأتي في باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي مأمور باعطائه
من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر في
الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفيد كون
المراد بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى
للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) الزاماً للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعني تراخي حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكاً واستحقاقاً) يعني يثبتان معاً (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن وجزاء أن ينقل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار (ولا تصح الاجارة حتى تكون) (١٤٨) المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من

استأجر أجيراً فليعلم أجره فإنه كما يدل بعبارة على كون معلومية الاجرة شرطاً يبدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالمتبع كالمتن في البيع فإذا كان معلومية المتبع شرطاً كان معلومية الاصل أولى بذلك (ولان الجهالة في المعقود عليه وبطله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمتن في البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون ثمناً في البيع صلح أن يكون أجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة (الخ) أقول لا بد أن يتأمل في هذا المقام فان انعقاد هـ وارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبطله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمتن في البيع (وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول (قال بعض الفضلاء لا بد أن يتأمل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اهـ كلامه (أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جداً بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة وتوابعها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يؤهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منه مضافين الى محل المنفعة وهو الدار ههنا كلاماً وهو عقد بينهما اذ العقد فعله ما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الإيجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصف الكلام مباشر عا والعللة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فإنه يجوز أن تنفك عن معلولاتها بخلاف ان يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلامهم ما والانعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العمل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى هنا كلام صاحب الغاية فكان ذلك المستشكل لم يره هذا الكلام أو لم يقنع به وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينقضي العقد فيهما واذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمنع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول الزاماً للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العيني (أقول) فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله عجز رد اقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع اذ يلزم حينئذ أن تنعقد في الساعة الاولى وهى ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد عجز رد تلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى في الاظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله

المذكور

ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) أقول

قال في المحيط البرهاني الاصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمناً في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمناً في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الاجارات الا المنفعة فانما يصلح أن تكون أجرة اذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمناً انتهى وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

وما لا يصلح غنا يصلح أجره أيضا كالأعيان

وليس كل ما لا يصلح غنا لا يصلح
أجرة لأن بعض ما لا يصلح
غنا كالأعيان التي هي ليست
من ذوات الامثال كالحيوان
والثياب مثلا اذا كانت معينة
صلح أن يكون أجرة كما اذا
استأجر دارا بثوب معين وان
كان لا يصلح غنا وفيه نظر فان
المقايضة بيع وليس فيها
الا عين من الجانبين فلو لم
تصلح العين غنا كانت بيعا
بلا غن وعو باطل ويمكن
أن يجاب عنه بأن النظر
على المثال ليس من دأب
المناظرين فذا كان الاصل
صححا جاز أن يمثل بمثال آخر
فلمثل بالمنفعة فانها تصلح
أجرة اذا اختلف جنس المنافع
كما اذا استأجر سكنى دار
بركوب دابة ولا تصلح غنا أصلا

(قوله كالحيوان والثياب
مثلا) أقول قال في المحيط
البرهاني في الفصل الاول
من الاجارات واذا كانت
الاجرة عروضا أو ثيابا
يشترط فيه جميع شرائط
السلم وفي هذا كله اذا كانت
الاجرة غنا فاعلامه بالاشارة
واذا كانت الاجرة حيوانا
لا يجوز الا اذا كانت غنا
انتهى (قوله أو ثيابا) يعني
بالثياب ما ليس له مثل كما
علم من تقرير الشارح

المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المدومة على أصل
أثبتنا كالفصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو أن العقد لا بد له
من محل لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل
العقد هنا هي المنافع وهي مدومة ولا يصلح المدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقمتها مقام
المنافع التي ستوجد لأن الدار محل للنفاع تصححها للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإيجاب والقبول
أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر
(قوله وما لا يصلح غنا يصلح أجره أيضا كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان
والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح
غنا لما تقر في البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدارهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من
ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر
فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين غنا كانت بيعا بلا غن وهو باطل ويمكن
أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صححا جاز أن يمثل بمثال آخر
فلمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح
غنا أصلا الى هنا كلامه (أقول) لا النظر ثمن ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا
ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض
مالي فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة ولقد أفصح عنه
صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص
بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الامثال لأن تكون غنا
بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا غن بهذا المعنى ألا يرى أن الشارح المذكور
نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بمثلها أو يسمى مقايضة وبيعها بالدين
أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالدين ويسمى سلما انتهى
حيث جعل الدين مقابلا للدين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة
مالا غن فيه أصلا نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك
المعنى يم الدين والدين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا غن بذلك المعنى
ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح غنا يصلح أجره أيضا كالأعيان فلا يرد النظر المزبور
عليه جدا وأما الجواب فلا نه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف
وحاشاه ثم أقول ببقية ههنا شيء وهو ان لقائل أن يقول لا شك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح
غنا يصلح أجره أيضا هو ما يجب في الذمة وان غنيله ما لا يصلح غنا بقوله كالأعيان صحح على هذا المعنى المراد
الأنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القيد وروى وهو قوله وما جاز أن يكون غنا في البيع جاز أن يكون أجرة
على المعنى الذي يم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب
الكفر وما صح غنا صح أجرة على ذلك المعنى الأعم مع أن ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القيد وروى
بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بتم المبيع يتحمل التعميم لصوري الدين والعين كما ترى ويمكن أن
يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ
القيد وروى غير موفى حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام لعين أيضا فان ما لا يجوز أن

(قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمن في البيع الخ (لا يتنى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالي) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الأجرة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضي للزراعة مدة (١٤٠) معلومة وكأنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة

فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يبين أقصى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طول المدة وقصرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الأجرة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بمقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين فتمنع بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الأحكام فصارت الأجرة مؤبدة معسنى والتأبيد يبطلها وجوزة آخرون منهم الخصاص لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان

فهذا اللفظ لا يتنى صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضي للزراعة فيصير العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أي مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الآن في الأوقاف لا تجوز الأجرة الطويلة كي لا يدعى المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

يكون ثمن في البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمن في البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به جل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسألة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تيممها تيممك المسئلة وما لا يصلح ثمن يصلح أجرة أيضا كالأعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره يبين ذلك ان الاعيان لانكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمن ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسألة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن أن يستفاد منها يحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لانه عوض مالي) أي لان الأجرة على تأويل الأجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسألة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا لقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر ثمن المبيع فليتامل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اهـ (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ما قاله في نظره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمن كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ لا لازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب

غالبوا لم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبوا جعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الا أن في الأوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله أي مدة كانت وانما لا تجوز في الأوقاف الأجرة الى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعى المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لا يواجر أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للتولي أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا به عا د ا ر بالداراد لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليعمل عليها مقدار معلوما أو ركبها مسافة مماها) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ويرى بما يقال الأجرة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الأجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

في الذمة فيما إذا بيع الدار بالدار لا خلو عن الثمن يعني العوض المقابل للبيع في تلك الصورة والمحدود خلو عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الأول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الأجرة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عنهم نسخة أخرى وأما صاحب غايه البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الأصواب هذه النسخة لأن المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للعمل أو الركب على ما أشار المصنف إلى ذلك كله حيث قال لأنه إذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد فكأن المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والإشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الأمور اللازمة للبيان كما أشير إلى بعضها في الأمثلة المذكورة فلم يكن النسبة ضرورة المنافع معلومة في هذا النوع إلى نفس العقد ووجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتمدة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وأما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار وأبو ذر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون (قوله ويرى بما يقال الأجرة قد تكون عقدا على العمل إلى قوله ولا بد من بيان الوقت) أقول في هذا التقسيم نوع اشكال أتقدم في صدر الكتاب أن الأجرة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها إلى العقد على العمل وإلى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره اللهم إلا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الأجرة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الأعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى * ثم أقول كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكأن صاحب الكتاب في تنبيهه سماحة هذا التعمير حيث أخر بيان هذا التقسيم المنسحق عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المناسا واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الواحد حيث قال ولنا فيه نظر لأن أجرة أجير الواحد أيضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعي الاستئجار على الأعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشيء لأن أجرة أجير الواحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الواحد الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتي

(وتارة تصير معلومة بنفسه)
أي بنفس عقد الأجرة كما
إذا استأجر رجلا على صبغ
ثوبه وبين الثوب ولون
الصبغ وقدره أو استأجر
خياطاً على خياطة ثوبه
وبين الثوب وجنس
الخياطة أو استأجر دابة
لحمل أو الركب وبين
جنس المحمول وقدره
والمسافة وتارة تصير
معلومة بالتعيين والإشارة
كما ذكر في الكتاب

باب الاجر متى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بابا على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها او اداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا تملك لان محمداً ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك ولا تملك لا يجب ايضاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وارادة الاخص ليس (١٥٣) يجوز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج

باب الاجر متى يستحق

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدمعان ثلاثة اما بشرط التحميل أو بالتحميل من غير شرط أو باستيفاء العقود عليه)

في الكتاب ولو كان عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هي عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافع لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب النخلة ذلك أحد نوعي الاستحجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولومثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستحجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لغات التنبيه على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود لحفاه ذلك على البعض فتنبه والله أعلم

باب الاجر متى يستحق

قال صاحب النهاية لما ذكر أن حصة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه واقتنى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد أن حصة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فاضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة الا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بابا على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شيء وهو ان تخلف المالك عن العقد يوجد في غيرها أيضا كالهبة فان المالك لا يثبت هناك أيضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر وكالوصية فان المالك هناك أيضا بنا آخر الى وقت الموت فلا يتم القول بأن الاجارة تخالف غيرها في تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط * ثم أقول الاظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجنالا وتفصيلا

الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيم اوهو يستلزم نفي التملك لاحالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك بدل على هذا كله

باب الاجر متى يستحق

(قوله وجب افسرادها) أقول أي افسراد المخالفة قال المصنف (الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتحميلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا عمل الاجرة فالمجمل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايضاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التحميل في الاجرة سواء كانت الاجرة عيناً أو ديناً

هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التخرى وذ كرفي الاجارات أن الاجرة اذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد اما واذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التخرى وبعضهم قالوا ما ذكر في الاجارات قول محمد أولاً وما ذكر في الجامع والتخرى قوله آخر انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التحميل فانها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بجواز شائع) أقول الشيوع لا يعم (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيد وان أراد أنه لا يدل بقربينة فمنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لاحالة) أقول ممنوع فان في صورة التحميل يوجد المالك بلا وجوب

أما جالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس
الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كافي البيع وأما تفصيله فلا يلزم معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب
المعقود وعليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية
الاجرة لا تجب بالعقد أي لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخنا وذكري في الذخيرة
ما يؤيده - ذاق قال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفائها الا بعد استيفاء المنفعة
اذ لم يشترط التجهيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينيا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب
التحريم وذكري في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينيا تملك بنفس
العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعمامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحريم وقال
بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد أولا وما ذكره في الجامع والتحريم قوله آخر - الى هنا لفظ النهاية
(أقول) تأييد ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في
الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفائها الا بعد استيفاء المنفعة
اذ لم يشترط التجهيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس
العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه
الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم
وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد ادائه ألا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا
خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم
يفهم منه ذلك لم يفهم ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة
لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم
نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال
معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاءه وقال فان قلت فاذا
لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بجاز شائع لعدم دلالة
الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة
ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشئ ولا الجواب أما
الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بجاز شائع اذ لم تحقق قرينة مخصصة وأما اذا تحققت
القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء
المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما
اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا
لم يكن محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب
في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما
مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتاج الى
قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا
أو دينيا يملك اذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع
أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج
الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في
الذمة مع أنه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التجهيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل

وقال الشافعي تلك بنفس العقد واللام يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة
تصحح العقد ولهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينابدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت
الملك بالعقد ولو جرد مقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا
يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك (١٥٤) فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند

العقد ولنا أن العقد
ينعقد شيئا فشيئا على حسب
حدوث المنافع على ما بينا
والعقد أى عقد الاجارة
معاوضة بلا خلاف ومن
قضية عقد المعاوضة
المساواة فمن ضرورة التراخي
في جانب المنفعة التراخي في
البديل وهو الاجر تحقفا
للمساواة واذا استوفى المنفعة
يثبت الملك في الاجر لذلك

(قوله وقال الشافعي تلك
بنفس العقد واللام يكن
محل الخلاف متحدا) أقول
ولك أن تقول ارتكاب
المجاز في موضع واحد
أهـون من ارتكابه في
ثلاثة مواضع ويحصل
اتحاد محل الخلاف أيضا
فان المراد بنفس العقد
العقد الخالى عن المعاني
الثلاثة وبتسليم العين
المستأجرة الى المستأجر
يجب تسليم الاجرة للأجر
عند الشافعي فليتأمل وفي
شرح الحاوى للفتوى اعلم
أن الاجرة اذا كانت في
الذمة فهي كالثلث في الذمة
في أنها ان شرط فيها التأجيل
والتجسيم كانت مؤجلة أو

وقال الشافعي تلك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكا ضرورة تصحح العقد فيثبت
الحكم فيما يقابله من البديل ولنا ان العقد ينفع قد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا
والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البديل الآخر
واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقيق التسوية

(قوله وقال الشافعي تلك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكا ضرورة تصحح العقد
فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان
المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحح العقد ولهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل
موجودة كان دينابدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد ولو جرد مقتضى
وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود
المقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا الايراد ساقط
لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا
يبقى لانتهاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل أن يترتب عليه
ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغى جعل الشرع اياها موجودة وهذا
خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة
فيها كالحى حكما في حق الارث والعنتق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على استدلال
الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير اليه في عامة المعبرات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع
انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لا مكان تصحح العقد بطريق
آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة
الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام
السبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من
النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد
الى افادة الملك فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد
انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو
ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن يفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه
يتراخي الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد أن افادة الملك ولو بعد زمان من
لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تلك في الحال والجواب المزبور
انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث
قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد أن يثبت من لوازم الوجود ولو
حكما فغير مسلم انتهى (أقول) ما ذكره في كل من شق تردده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم كون افادة

الملك

منصبة وان شرط فيها التعجيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها تجلت أيضا وملك جميعها المكروى

بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتجمل بشرط التجميل فيتمجمل عند الاطلاق كالثلث
انتهى (قوله لوجود مقتضى وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود
عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وكذا اذا شرط التججيل أو جعل بلا شرط لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله واعترض بأن شرط التججيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جوازاً شرط التججيل باعتباره والثاني ممنوع فان تججيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن البراءة عن الاجرة والارتهاان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة البراءة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح البراءة لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتججيل أو اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولولم يجعل موجوده كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام السبب وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك

(قوله فان تججيل البدل واشتراطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه (١٥٥) وقضيتها المساواة وظاهر أن شرط

التججيل قبل ثبوت الملك في البدل الا خريفوت المساواة نعم مطلق شرط التججيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كافي البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان البراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كافي قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت انتهى

وكذا اذا شرط التججيل أو جعل لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة الا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر وأما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والام تحصيل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم أولاً كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكمياً ايضاً فالوجه الوجيه في التردد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التججيل أو جعل لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله) قال في العناية واعترض بأن شرط التججيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جوازاً شرط التججيل باعتباره والثاني ممنوع فان تججيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولاً فلان حيثية كونه اجارة هي حيثية كونه معاوضة مخصوصة فإيخالف مقتضى العقد من احدي هاتين حيثيتين يخالف مقتضاه من حيثية الاخرى فامعنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهلا يستلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم انحاد حيثيتين فلنا يلزم

وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة الا أن يراد بالقبول معنى يتم عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد في حقه) أقول ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه يخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح البراءة لوجوده بعد السبب) أقول كالا براءة عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفي البرازية تكرار دابة مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز ذكركر شيخ الاسلام ليس نفسه أن يواجر ابلا بغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكارى المحولة وقد قال المستاجر اجلني على ابل الى مكة أو اجلني أو اجل هذه المحولة فيكون المعقود عليه في الذمة ويبقى بالجواز لا يعرف انتهى وسبب من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجعه الا أنه ذكر في الحواشي الجلاية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزيلعي وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدله ايضاً وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً انتهى فتأمل في جميع ما ذكر

أن تكون صحة اشتراط التجهيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يحظر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التجهيل على أنهما لو صرحا بأنهما الوشرط التجهيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تجهيل البدل واشراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة وبشرط تجهيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التجهيل في الاجارة لا يخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التجهيل كالبيع الا أنه سقط لما منع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتجهيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن البراءة عن الاجرة والارتهاان عنهما والكفالة بينهما صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صح وأجيب بأن صحة البراءة على قول أي حنيفة وأي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح البراءة لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كله مأخوذ من النهاية الا أن التعليل المذكور لتجوز محمد رحمه الله البراءة عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة من ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الا آخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليل لا يمتشي أصلا فاما اذا كانت الاجرة منفعة أيا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعبرات مع أن كلام من البدلين معدوم هناك قطعاً فلا فرق في الجانبين أصلاً كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علما تناوان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه (أقول) قد أخذ أصل اراده من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلا أن صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز البراءة عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن البراءة لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف في صحته كما في قول الرجل لغيره أعنتك عبدك عنى على ألف درهم فقال أعنتك ولان البراءة اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعنى بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعنى به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو آخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوة

(قوله واذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا و بدل أحد الاقسام لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستأجر بأجرة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي رقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الأجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته ووقت صير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيد فان بزوال شيء منها زال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم فذهب اليها بعد مضي (١٥٧) اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد

(واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقنا تسليم المثل مقامه اذا التمكن من الانتفاع بثبته

من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس يتم أيضا اذا لمخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق * ثم أقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنفعة عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما غشي الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والحناية لحديث الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال ان البراءة وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة أيضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا موطأ أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان الانعقاد حكم الشرع ثبت وصفه شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكهما عن معالولاتها فجاز أن يقال العقد وجد والانعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر أنفالكنا الاسلام في توجيه قول محمد ههنا والطريقة الاخرى تأمل ترشد (قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن

فيها في غير مكان العقد (قوله فاذا قبض الى قوله في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول لعزل الصواب أن يقول في مكان أضيف اليه العقد فانه اذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد وفي المحيط البرهاني يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف اليه العقد فأما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف اليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في

المكان الذي أضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما لا يعمل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصير يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصير الى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها في المصير لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف اليه العقد فاذا ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد في المدة وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصير بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر انتهى (قوله ولم يستوفها وجب الاجر) أقول واذا استوفها وجب بالطريق الاول (قوله مثل ان يستأجر دابة الى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فان الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول وسلمها بعد مضي اليوم فذهب اليها الخ

كن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة أو سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بهاء راج فاحش يمنع الركوب أو سلمها فارغة فيها في مكانه صبيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب أو لم يكن شيء من ذلك أصلاً لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب مالم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فواجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالة (١٥٨) الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفساد

منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معاً لو ما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما ووجه ودالمانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره ولو حوب الانفساخ في ذلك القدر قال (ومن استأجر داراً) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يحل من أن يكون وقت الاستحقاق مبيناً بالعقد أولاً فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفق عليه شهراً كان أو أقل أو أكثر لانه بمنزلة التأجيل اذا استحقاق يتحقق عند استيفاء اجرة من المنفعة تحقيقاً للاسواة والتأجيل يسقط استحقاق

قال (فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المحل انما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فأتى التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذا انفسخ في بعضها قال (ومن استأجر داراً فله المؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لانه بمنزلة التأجيل (وكذلك اجارة الاراضي) لما بينا (ومن استأجر بغير الى مكة فله جمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم ير كبحاً واجب الاجر والرابع أن يكون متمكناً من الاستيفاء في المدة فانه لو استأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد لانه انما تمكن بعدم مضي المدة اهـ وقال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بآخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فواجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفساد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معاً لو ما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما اهـ كلامه (أقول) في آخر جوابه خلل أما أولاً فلا نأخذ بقوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفاً على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة أيضاً على أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فمعركة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفاً على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتماداً على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما اذا الظاهر أن ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع وأما ثانياً فلا نأخذ بقوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضاً من القيود المقتصر

المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فله المؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك عن اجارة الاراضي (وان استأجر بغير الى مكة فله جمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود) كسكني يوم وهذا قول أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولاً لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

(قوله كن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب الى الكوفة لا يجب الاجر أيضاً عليهما) قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما) أقول وفيه بحث فان صورة الغصب مذكورة في كلام المصنف (قوله اعتماداً عليهما) أقول يعني دلالة الحال ودلالة العرف

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة) وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئاً كافي المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئاً من الاجرة وقبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على اجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئاً فالجواب ان اجزاء العوض قد تنقسم على اجزاء المعوض وجوباً وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كافي المبيع والتسليم في الخياط وجد تقدير الان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليماً تقديراً على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحاً لكانت النتيجة لم يكن (١٥٩) للرجوع عنه وجه (ووجه القول

الرجوع اليه أن القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقاً للمساواة) بين البديلين (الآن المطالبة في كل ساعة تقضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقد رنا بما ذكرنا قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه أن القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة الا أن المطالبة في كل ساعة تقضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقد رنا بما ذكرنا قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

عن ذكرها مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئاً كافي المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئاً من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اهـ (أقول) في قوله كافي المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للشترى ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بساعة أو ثمن بثمن قيل له ما سلما معا في الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخرين يستحق قبض البديلين معا واما أن لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فاما لم يقل به أحد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كافي المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن اهـ (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيراً يعمل له في بيته وقالوا الاستأجر خياطاً يخط له في بيت المستأجر قبضاً وخطاً بعضه فسرقت الثوب فله الاجر بقدر ما خط فان كل جزء من العمل يصير مسلماً الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك

أجرته لانه منتفع به) وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) انه غير منتفع به

(قوله فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل للشترى ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بساعة أو ثمن بثمن قيل له ما سلما معا كما سبق في باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح له سهو والحق عكس ما ذكره كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب قال في الكافي فاما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كافي المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى فليتأمل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئاً) أقول ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذي خط بعضه (قوله وجوباً) أقول يعني في الذمة (قوله الا أن المطالبة في كل ساعة تقضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول وأيضاً تعين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه منع (قوله فقد رنا بما ذكرنا) أقول يعني قد رنا استحقاقاً

(الأن يشترط التجهيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية هذا وقع مخالفًا للعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضي خان والترناتشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطًا يخط له في بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر إيفاء الأجرة بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة (١٦٠) من الأجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل في التجر يد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في

الكتاب فيجوز أن المصنف تبع صاحب التجر يد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيننا لكل جزء حصة معلومة إذ ليس الحكم مثلاً أو للبدن أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله

(قوله قال في النهاية هذا وقع مخالفًا للعامة روايات الكتب إلى قوله ولكن نقل من التجر يد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضاً حيث قال وعلى هذا الخياط يخط له في منزله قيصاً فان خط بعضه لم يكن له أجر لان هذا العمل

قال (الأن يشترط التجهيل) لما مر أن الشرط فيه لازم

الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الإجارة التي تنعقد على العمل وبقي له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله لا تجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال وذكر الامام قاضي خان ولهذا لو استأجر خياطاً يخط له في منزله كلباء لعل لا يستحق الأجرة بقدر ما خطه وكذلك أيضاً في غيرها ولكن نقل في التجر يد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيجوز أن المصنف تبع صاحب التجر يد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده إلى هنا فقط صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيننا لكل جزء حصة معلومة إذ ليس الحكم مثلاً أو للبدن (١) أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشيء أما أولاً فلا نالنا أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عيننا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضاً إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما يستضح بما سند كره وقوله إذ ليس الحكم أو للبدن أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً نعم ليس بشيء أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منهم معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نالنا لو كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت له حصة معلومة ما إذا عيننا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما في كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان على الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إيفاء الأجر إذا لا كلام لاحد في وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الإجارة التي تنعقد على العمل وبقي له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله وإن كانت حصة ما استوفى معلومة إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يجب على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثاً فلا نالنا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لان ما ذكره المصنف مخالف قطعاً لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر

لا ينتفع ببعضه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لانه صار مسلماً للعمل عنده انتهى (قوله وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيننا الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خطه في غير بيت المستأجر أنه إذا خط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خط في غيره وفيه بحث فان استجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً (١) قوله أو للذوائل هكذا في نسخ التكملة بالذال المهملة والميم وفي العناية الذوائل بالذال المهملة والهمزة فليرر اه صححه

قال (ومن استأجر خباز الخبز) ذكر هذا البيان حكيم أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط آنفاً والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فإذا استأجر خباز الخبز في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور لأن استحقاق الأجرة بتمام العمل وتمام العمل (١٦١) بالأخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الأخراج لا أجر له)

فقال الأجير لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخرج غيره ومن عمل لأحد فهو أجير وحدوا استحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كن استؤجر شهر الخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً كوقوف استحقاقه على فراغ العمل

قال المصنف (ومن استأجر خباز الخبز في بيته الخ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز لخبزه في بيته دقيقاً معلوماً بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الأجر تاماً وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الأجر بحساب ما عمل وإن كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الأجر شيء ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل

قال (ومن استأجر خباز الخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) لأن تمام العمل بالأخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الأخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته وليس عطايا أيضاً المفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلاً إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر لأن مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً أي سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا فإنه قال وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الأجر مطلقاً قبل الفراغ بخلاف قوله وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ بخلاف على أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضاً ولأنه قال لما بينا ومما دامه على ما صرح به الشراح فاطبة هو قوله لأن العمل في البعض غير منتفع به ولا شك أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقاً فأن يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذکور ولم يرد أن جملته ما ذكره صاحب العناية ههنا وهو محض فكيف ينبغي أن يصار إلى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفاً لاختلال رأي الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على ههنا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال فيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً اه كلامه (أقول) بجوابه عن بحثه ليس بنام إلا لاشك أن استيجاب الأجر يتحقق بالفراغ ولهذا الوجه من الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيك حتى تعطيني الأجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة كما أن للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعبرات وسيأتي في الكتاب إلا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ أي إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع أي إلى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وإن كان بقاؤه وتفرره بتسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وإن كان بقاؤه وتفرره بتسليم المبيع إلى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الأجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خباز الخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في العناية ذكر هذا لبيان حكيم أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة

(٢١ - تكمله سابع) في دفعها فإنه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض دقيق كمنصفه مثلاً تاماً ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة الخ) أقول الجمال أجير مشترك ويستحق الأجرة قبل الفراغ من عمله الآن يجعل قطع كل مرحلة عملاً على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول أما إذا استأجر خبازاً يخبز في بيته فإنه أجير وحد فيستوجب الأجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فان أخرجه من التنوير ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله ثم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جناية توجب) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الخطب والملح عندهما لان ذلك صار مستحكما قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماذ الاقيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلانه لم يمسك من عمله وأما على قوله ما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبيا خالطه طعاما وليمة فعليه تفريقه الى القصاص) لانه من تمام عمله عرفا وان استؤجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرق (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند أبي حنيفة باقامتها) فان أفسده المطر قبل ذلك أو أنكسر فلا أجر له لانه (١٦٣) لا يصير مسالما لم يصير لبنا وما دام على الارض لم يصير لبنا (وقالا لا يستحقه حتى يشربه)

أي ينضد بضم بعضه الى بعض (لان التشريع من تمام عمله) عرفا وباقي كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار الخ) وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبه لاستيفاء البذل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبه لاستيفاء البذل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبه لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضااع لا ضمان عليه

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال وهذا عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طبيا خالطه طعاما وليمة فالعرف عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا أقامها عند أبي حنيفة وقال لا يستحقها حتى يشربها) لان التشريع من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كخراج الخبز من التنوير لان الاجر هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولا يحنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريع عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريع بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في المبيع ولو حبسه فضااع لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعدي في الحبس فيبقى أمانة كما كان عنده ولا أجر له الا لك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ولكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمول ولا أجر وسينين من بعد ان شاء الله تعالى

الخطا أنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شيء وهو انه اذا علم من مسئلة الخطا أنفا أن الاجر المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل ولا ينبغي أن يقصد العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخبز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من

فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعدي يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعدي فلا يلزمه الضمان التنوير لكنه لا أجر له لالهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده ولكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمول ولا أجر وسند كره في باب ضمان الاخير

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول في الوقاية وان احترق بعد ما أخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيما وقال صدر الشريعة أي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والغرر فيه بحث أما أولا فلانه مخالف لما في شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرم حتى قال في غاية البيان انما قد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنوير لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة الا في ذكرها من ان الاجر المشترك يضمن ما تلف به لانه انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (الآثرى أنه ينتفع به) أقول فيه إشارة الى الجواب عن دليله ما الثاني يعني أن العرف مشترك فكما أنه قد يتولد فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريع وفي القاموس التشريع ضد الابن

وكل صانع ليس له أثر في العين كالجمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبس له لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل أو بعينه له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر في المسبوط وجامع قاضيان أن احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين فيعمل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الأبق) جواب عما يقال الا بقا اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن له أثر في العين قائم ووجهه ان الأبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان له أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمه الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي له فيه أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كالموكل في بيت صاحب والجواب (ان الاتصال بالحمل ضرورة قامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) وتظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس (١٦٣) وقد تقدم فصار كقبض المشتري

المبيع بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن جريد الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه البن من محل بعينه فيستحق عينه كالمفوعة في محل بعينه كأن استأجر دابة

قال (وكل صانع ليس له أثر في العين فليس له أن يحبس العين لاجرا كالجمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الأبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيقاء العمل ولا أثر له لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علماء الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالحمل ضرورة قامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمفوعة في محل بعينه (وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايقاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين (فصل) (ومن استأجر رجلا ليل يذهب الى البصرة فيجى بعباله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراعاة اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليل يذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويحجى بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد له فلا أجر له)

التنوير ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين معالفا لكذا تدبر

بعينه للحمل فانه ليس للو جران يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغى أن يجوز وان أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل له لان المستحق العمل ويمكن ايقاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين والله أعلم

(فصل) لماذا كراستحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلا ليل يذهب الى البصرة فيجى بعباله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فاما ان يكون على جماعة معلومى العدد أو لافان كان الثانى استحقاق جميع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختصار الفقيه أبى جعفر الهندي واني واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراعاة) يعني القدوري رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليل يذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتى بالجواب فذهب فوجد ميتا) فاما ان يرد الكتاب أو لافان كان الثانى استحقاق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له)

(فصل ومن استأجر رجلا) قال المصنف (ومراعاة اذا كانوا الخ) أقول في البرازية وان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة وفي الدرر والغرر وان لم يكن عباله معلومين فله كل الاجر فتأمل فانه لا مخالفة كما يستفهم في الدرس الآتى من العناية

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله (أجر الذهاب) وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب
 وقع عند محمد رجه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفي بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له
 ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه بوجه فيسقط الأجر كما إذا استأجره
 ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجد منه متافرة فأنه لا أجر له بالاتفاق لنقصه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس
 بذهاب على محمد لأن المعقود عليه في مسألة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الإجارة (١٦٤) وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكرنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الأجر في الذهاب لأنه أوفي بعض المعقود عليه وهو قطع
 المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته وإلهم أن المعقود عليه
 نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه
 فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد
 يستحق الأجر بالذهاب بالاجماع) لأن الحمل لم ينقض (وان استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة
 فذهب فوجد فلانا متافرة فلا أجر له في قولهم جميعا) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
 بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

قال (و يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها)

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكره من باب ما هو المقصود منها وهو
 بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا
 يجوز من الإجارة وإنما ذكر ذلك في باب آخر أعقب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة بل إنما ذكر في
 هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للتأجير كما وقع في عنوان الباب وقال
 في غاية البيان والغاية لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكرنا ما يجوز من
 الإجارة بإطلاق اللفظ وتقييده وذكرا أيضا من الأفعال ما بعد خلافا من الأجير للتأجير وما لا بعد خلافا
 انتهى (أقول) فيه أيضا شيء فلتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين
 ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لاصلة الاستئجار يعني ويجوز
 استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لأن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه لو نص
 هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليق يدل على ما ذكرنا انتهى كلامه ومال
 أكثر الشراح إلى سمته في تصوير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال
 ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وان لم يبين
 ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري إلى هنا كلامه

وتقييده وذكرا أيضا من
 الأفعال ما بعد خلافا من
 الأجير للتأجير وما لا بعد
 خلافا قال (ويجوز
 استئجار الدور والحوانيت
 للسكنى الخ) قيل صورة
 المسئلة أن يقول استأجرت
 هذه الدار شهرا بكذا ولم
 يبين ما يعمل فيه من
 السكنى وغيره فذلك جائز
 وينصرف إلى السكنى
 وان لم يبين

باب ما يجوز من
 الإجارة وما يكون خلافا
 فيها

(قوله باب ما يجوز من
 الإجارة) أقول لعل المراد
 باب تفصيل ما يجوز من
 الإجارة فيمنع وجهه
 التأخير لأن التفصيل بعد
 الاجمال فلي تأمل قال
 المصنف (ويجوز استئجار
 الدور والحوانيت) أقول
 في الفصل الحادي عشر

من إجازات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث إذا آجرت المرأة دارها

(أقول)

من زوجها وسكنها جميعا فلا أجر لها قال وهو بمنزلة استئجارها للطبخ أو لتخبز هكذا ذكرنا انتهى قبل في المعنى ان التسليم شرط الصحة
 الإجارة ولو جوب الأجر وسكنها معه يمنع التسليم والحكم بمنوع والعلة من دودة والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لأن الطبخ
 والخبز مستحق علمه أديانة ان لم يكن مستحقا علمها حكما أما سكن الزوج في منزلها غير مستحق علمه أديانة ولا حكم وقوله بأن سكنها
 مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي
 كائنين معدتين للسكنى

لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصيح العقد

(أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استئجار كل دار وحانوت ماذ كفي الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير خفي على أحد وأما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرح حوايه ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتي في الكتاب ففيمما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القصد دورى قصد للسكنى في وضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتنون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كارد على صدر الشريعة حيث قال لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصيح العقد لانه لا ينتظمه قوله أنه يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الأصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه بطلاق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شرطه الاول فسلان مراد المصنف وغيره أن العرف بصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها بهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقيق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره وأما شرطه الثاني فلانه لو كان الأصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بطلاق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد بل صرحوا في عامة المعبريات بأنه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بدمن البيان لأجهالة المفضية الى النزاع كافي استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لا يتفاوت فصيح العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذا الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن (أقول) لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فيثبت مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكان قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعني وجهه الجواب ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا

لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شئ من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصابه فيصرف اليه (قوله ولانه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح

(قوله ولانه لا يتفاوت) أقول الظاهر وانه لا يتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذا الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن

(وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (الاطلاق) أى لاطلاق العقد فانه ليس بغيره شيء دون شيء (الأنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً) بالماء أو الدابة دون اليد ان لم يوهن البناء وفي الجملة كل ما لم يضر به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء وقوله حداداً يكون نصيباً على الحال وينتفى به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز أن يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به وينتفى به سكوناً دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها

(١٦٦)

(وله أن يعمل كل شيء) لاطلاق (الأنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً) لانه يوهن البناء فيتعقد العقد بما وراءها دلالة قال (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع في الحال الا بما فيه دخلا في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الحش والارض السبعة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء) لانه ما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو يغرس فيها نخلاً أو شجراً) لانها منفعة تقصد بالاراضى

ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع (ويدخل الشرب والطريق في العقد بدلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بما فيه دخلا في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة) وهى الارض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس) لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى (فيصح به العقد

(قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول فيه رد على الاتقائي ولكن بقى ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكفي في الدلالة لوجوده في القياس أيضا

جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ (أقول) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانياً فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جواباً عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولا نه بل بأبهااذا مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلاً آخر مستقلاً والذي يكون جواباً عن سؤال مقدر انما يكون من متمات ما قبله فلم يصح قوله وهو هذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور في لفظ العناية يصدق الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضاً بل المذكور قيماراً يناه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لان فيه ضرراً ظاهراً لانه يوهن البناء فيتعقد العقد بما وراءها دلالة) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى متفاوتة فبعض منها الا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالأمثلة المذكورة فصار مخالفاً لقوله فيما مر آنفاً وأنه يعنى السكنى لا متفاوت ويمكن أن يقال أن معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالباً فالذى يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول في التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي في تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها لا يطابق المدعى ولا تنفع له في اثباته فالجواب انه لا بد في صحة عقد استئجار الاراضى للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لانها

بل لا بد مع ذلك ان يدرك بالالفة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاءها بعقد الاجارة ويجرى به التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال في البدائع في تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستغلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيته ذلك فيه لم يجز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة

(وإذا انقضت المدة لزمت المستأجر قلعها وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية لها - ما في إبقائها مضر بصاحب الأرض) هذا من جانب المستأجر وأما من جانب المؤجر فلا أن الأرض إما أن تنقص بالقلع أولا فإن كان الأول فإن شئ يعمر له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضي به المستأجر أولا وإن شاء رضي بتركها على حالها فيكون البناء لهذا الأرض لذلك لأن الحق له فله أن يتركه وإن كان الثاني فله أن يعمر قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر (وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين) وذلك لأننا لو قلنا أنه تضرر المستأجر ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر المؤجر وفي تركه بأجر رعاية الجانبين فصير إليه وأوردنا مسألة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة (١٦٧) قال (ويجوز استئجار الدواب

لركوب والجل الخ) إذا استأجر دابة للركوب فاما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه أو زاد فقال على أن يركب من شاء أو على أن يركب فلان فهي ثلاثة أوجه فإن كان الأول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجرة المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز كما لو اشترى شيا بخمر أو خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينقضي ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وإن

(ثم إذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يطلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة) لأنه لا نهاية لها وفي إبقائها مضر بصاحب الأرض بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الادراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين قال (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يعمر له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر إلا أن تنقص الأرض بقلعها ما خفيته يتملكه ما غير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا الأرض لهذا) لأن الحق له أنه أن لا يستوفيه قال (وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الاجارة وفي الأرض رطبة فانها تنقل) لأن الرطبة لا نهاية لها فاشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والجل) لأنه منفعة معلومة معهودة (فان أطلق الركب جازله أن يركب من شاء) لا بالاطلاق ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لانه تعين مراد من الاصل والناس يتفاوتون في الركب فصار كأنه نص على ركوبه

قد تستأجر غيرها أيضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيه ما يبين ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها ابتداء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين أما إلى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وأما إلى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفتن لهذه الدققة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر غيرها أيضا فلا بد من البيان نقيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركب جازله أن يركب من شاء لا بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه شيئا أو زاد فعلى هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجرة المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينقضي ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء وإذا

كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من يركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مراد من الاصل على الوجه الذي قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو الذي كور في الكتاب أولا والمراد بقوله فان أطلق الركب هو أن يقول على أن يركب من شاء وإن كان الثالث فليس له أن يتعداه لأنه تعين مفيد لا بد من اعتباره فان تعداه كان ضامنا

(قوله وإن كان الثاني فله أن يعمر له قيمة ذلك مقلوعا) أقول وإن شاء رضي بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلا على انه فهمه من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول أنفا

وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد به منه جاز ساكن غيره لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت فإن قيل قد تتفاوت السكان أيضا فإن سكنى بعض قد يضر ربه كالحداد ونحوه أجاب بقوله (والذي يضر بالبناء خارج (١٦٨) على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرنا كرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف

ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه الركوب معين أما صاحبة بقعة أو بقعة ديرا (وان سمي نوعا ومقدار من شيء يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو) ما هو (أقل) ضررا (كالشعير والسهم) فأنه ما إذا كانا خمسة أفقرة كانا أقل وزنا فـ كانا أقل ضررا وذكر في النهاية أن في الكلام لقا ونشرا فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسهم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فإن السهم أيضا مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل وإنما جازله ذلك (لأنه دخل تحت الأذن لعدم التفاوت) يعني به إذا كان مثلا (أو لكونه خيرا) يعني به إذا كان أقل ضررا (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضررا من الحنطة كالحج) إذا كان مثلها كيلا لأنه أثقل (لأن عدم الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدًا لأنه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر

(وكذلك إذا استأجر ثوبًا باللبس وأطلق جاز فجاز ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فإلا أن أو يلبس الثوب فإلا أن فإركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامنا) لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال (وان سمي نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر وأقل كالشعير والسهم) لأنه دخل تحت الأذن لعدم التفاوت أول كونه خيرا من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالحج والحديد) لأن عدم الرضا فيه (وان استأجرها ليحمل عليها قطنًا سماء فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدًا) لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينسبط على ظهرها

ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذلك ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لأنه تعين مراد من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لأنه تعين مفيد لا بد من اعتباره فإن تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الأوجه كذا قالوا ثم أعلم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدرى فإن أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أي وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة فيجزم فرقة منهم كتاب الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهد والامام أبو نصر الاقطع في شرحهم ما لم ينص القدرى وجوز فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكنزاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الأول وهو انقلاب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً بأن يكون معنى قوله فإن أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل إذا عرفت هذا فأقول إن تعليل المصنف هذه المسئلة أعنى قوله فإن أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عملاً بالاطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لأنه انما يتشبه عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الأول إذ لا شأن له في انقلاب العقد إلى الجواز في الوجه الأول انما هي تعين المعقود عليه بقاء الاطلاقه وانما الاطلاق عليه الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم عمال المسئلة بما عمال به المصنف حيث قال فإن أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عملاً بالاطلاق انتهى فتدبر (قوله وان سمي نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر وأقل كالشعير والسهم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكما إذا سمي خمسة أفقرة حنطة بعينها فحمل خمسة

بمخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوماً مسبقاً لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون أفقرة

(قوله أو تقدير) أقول كما في الوجه المذكور في الكتاب أولاً (قوله وليس بواضح) أقول وفيه بحث فإن صاحب النهاية يدعي أن خمسة أفقرة من الشعير مثل خمسة أفقرة من الحنطة في الضرر فالحجواب منع ذلك لا ما ذكره الشارح كما لا يخفى (قوله لأنه أثقل لأن عدم الرضا فيه) أقول الأولى أن يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولامعتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات) والجناة جمع جان كالبناة جمع باع فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فالدابة بينهما أنصافا لان رب جراحة واحدة أكثر تأسيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيبا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهالك الثقل فانقسم عليها) اذا كان مثلها يطبق حمله (وأما اذا كان جلالاً يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجه (١٦٩) عن العادة) كما اذا كانت الزيادة من خلاف

جنس المسمى كمن استأجرها ليحملها خمسة أفقر من شعر فحملها مثل كيلة حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختما فاهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأوجب بأن الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فأما في الحمل فيكون بجهة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا يدفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فراكبها غير ضمن جميع القيمة

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليها (الا اذا كان جلالاً يطيقه مثل تلك الدابة فعينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة

أفقر حنطة أخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعر والسسم هذا لف ونشر فان الشعر ينصرف الى المثل والسسم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح السكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعر الى قوله مثل الحنطة ويرجع قوله والسسم الى قوله اقل وليس ذلك بشيء لان الشعر ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا الشرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعر فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلاً لم يضمن كذا لو شرط أن يحمل عليها حنطة زائدة لعل عليها حنطة عرو وبذلك الكيل بل قوله كالشعر والسسم جميعاً نظير قوله اقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لف ونشر فان الشعر ينصرف الى المثل والسسم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السسم أيضاً مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك أن المراد بالمثل والأقل ههنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والأقلية في الضرر بالقله في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بداهة فكأن صاحب العناية نوههم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والأقلية أيضاً من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم رد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعر مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلاً

(٢٢ - تكمله سابع)

فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضاً فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصاً لا محالة لانه في الراكب متفردا مخالف من كل وجه وفي الادراف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلاً لانه لو أردف صبيبا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيبا يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الا أن قوله ولان الادمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما حمله خارجاً عن العادة ظهر أنه قد ران خلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

قال (وان كبح الدابة بلجامها الخ) وان كبح الدابة بلجامها أي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى أو ضرب بها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله بآذنه وفي عبارة تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا (١٧٠) لا مراد لان العقد المطلق يتناول غيره ولا يبي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا

أنه حاصل بالآذن لكن الآذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحقق المقصود بها وههنا يمكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وان استأجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مسدنة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة) فجاوز بها الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ في معنى هذا الوضع فتنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتمى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الإطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر

قال (وان كبح الدابة بلجامها أو ضرب بها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله لا يآذنه فلا يضمنه ولا يبي حنيفة رجه الله ان الآذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للبالغة فيتعيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتمى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب بحجج على الإطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك

لانه اذا أردف صبييا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتمى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمر يض لذلك انتمى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غيره الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد الركاب في الآدمي لا الثقل هو ان الآدمي مخصوص بعلم القروسية وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صبييا ضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التهمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما يقرر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنهم اولئك لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتمى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقبان أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسم الطيفنا (قوله وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارة تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مراد لان العقد المطلق يتناول غيره ولا يبي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا

وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نائب المالك الفعل (قوله وفي عبارة تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أي الكبح المتعارف) أقول ولعل الأولى أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول الضمير في قوله بها راجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول أي بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح (قوله فانه لما كان مودعا معنى الخ) أقول تأمل في هذا التعليل

والمستأجر والمستعير ما موران بالحفظ تبع الاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الردد اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجده الرد على أحد هذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك أو نائبه ازالة للتعدى وهو يصلح متبرئاً عن الضمان والرد الى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلان سلم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الاول وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين قبل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كافي الودعة بخلاف الاغارة والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الحاق والاتحاد في المناط كاف للاحقاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعبداً ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيهما لا محالة (قوله وهذا) أي الاجراء على الاطلاق أصح (ومن أكثرى حماراً بسرج) فاستعماله به موافقة فان تزع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو كاف وكل منهما على قسمين اما أن يسرج بسرج يسرج بمثله الحر أو لا وكذلك الا كاف فان أسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما (١٧١) كان مثله تناوله الاذن اذا فائدة في

التقييد بغيره أي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره بمثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (الا اذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله

وفي الاجارة والعارية بصير الحفظ ما موراه تبع الاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح قال (ومن أكثرى حماراً بسرج فتزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحر فلا ضمان عليه) لانه اذا كان بمائل الاول تناوله اذن المالك اذا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائداً عليه في الوزن فينبذ ضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الحر ضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفاً

الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذا الفعل المتعارف مطلقاً مطلق العطف لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا السكج المتعارف أو الضرب المتعارف وان أراد بالفعل المتعارف في التفسير السكج المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج الى تفسير آخر في تبين المراد فالاولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الاجارة والاعارة بصير الحفظ ما موراه تبع الاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود) فانه لما جاوز الحيرة صار

بضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الخنطة وان أسرج بحماراً بسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البردون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفاً

(قوله ونوقض بغاصب الغاصب الى قوله على أحد هذين) أقول لا يبعد أن يقال ان الغاصب في عرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد اليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المذلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن بصدده نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل الحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فان مراد القائل انه اذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد الى يده ولا كذلك العارية فالناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل قال المصنف (ومن أكثرى حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحر فهو ضامن بتقدير ما زاد باتفاق الروايات بالاجماع وان كان السرج الثاني أخف من الاول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من اجارات الهيوط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفته لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع الى سرج يسرج بمثله الحر كالضمائر السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتأمل

(وان أوكفه با كاف لا يوكف بمثله الجري ضمن لما قلنا في السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أوكفه با كاف يوكف بمثله الجري ضمن عند أبي حنيفة) (١٧٣) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه

انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات ضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات ضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير ضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد ضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر أربعة أشبار ضمن نصف قيمته ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والا كاف ستة أمناه ضمن ثلثي قيمتها واليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الجري كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان

(وان أوكفه با كاف لا يوكف بمثله الجري ضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أوكفه با كاف يوكف بمثله الجري ضمن عند أبي حنيفة) وقال يضمن بحسابه (لانه اذا كان يوكف بمثله الجري كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يحنف عليه ولا يحنف رجه الله ان الا كاف ليس من جنس السرج لانه العمل والسرج لا ركوب وكذا ينسب أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسب عليه الا آخر فكان مخالفا غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحدهذين وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأن يزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى أحدهذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعارض الدابة الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقص ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه اظهر صحة النظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بأن يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولم يوجد هاتين منهما فظهر صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيهما ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون له كره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقص هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور ان ذلك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالخلص في الجملة لتصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما بينا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه

من جنسه ولا يحنف عليه أن الا كاف ليس من جنس السرج لانه العمل والسرج لا ركوب وينسب أحدهما على الظهور أكثر من الآخر (فصار كالوسعي حنطة وحمل بوزنها شعير فانه ضمن لان الشعير ينسب على ظهر الدابة أكثر من الحنطة) (فكان مخالفا)

وقوله (كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الخنطة) فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا لمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر حمالا ليجمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخفى لو ما أن يكون ماسلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما أن يكون بين الطريقين تفاوت بأن يكون أحدهما (١٧٣) أوعرا أو أخوف أو نحو ذلك أولا فان كان

الثاني فلا ضمان عليه لان التقيد اذ ذلك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقيد لكونه مفيدا فان قيل فمبدأ طلق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل أجاب بقوله (الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقيد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معني وان بقي صورة (وان جملة في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معني قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها خنطة فزرعها رطبة ضمن مانقصةها) لان الرطاب أضر بالارض من الخنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خنطة لا قالى شريف ضمن مانقصةها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه

كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الخنطة قال (وان استأجر حمالا ليجمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقيد غير مفيد أما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقيد فان التقيد مفيد الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقيد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معني وان بقي صورة قال (وان جملة في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معني قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها خنطة فزرعها رطبة ضمن مانقصةها) لان الرطاب أضر بالارض من الخنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خنطة لا قالى شريف ضمن مانقصةها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه

من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشب به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل فأما يد المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استعمال العين المستأجرة ولو لم يكن له في استعماله العين نفع لما اختار استعماله العين على ماله من الاجرة اهـ وعلى هذا المنوال المذكور طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الخاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم اثبت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشئيين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الاطلاق والاتحاد في المناط كاف للاطلاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعدد باثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيه مما لا محالة اهـ (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للاطلاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك مناطا للاطلاق في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدد المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدد المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالآخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بجمع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله) كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الخنطة قال صاحب العناية فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا لمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اهـ وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قد رزن الخنطة المشروطة لا يأخذ من ظهرا الدابة قدر ما تأخذ الخنطة وهذا ظاهر اهـ (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليمه ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر رزن الخنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهرا الدابة قدر ما تأخذ

أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فحين استأجرها لزرعة الخنطة تخالفه الى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان مانقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذا لاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي الوازم يدل على تنافي المزومات

وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (ويستفاد به انتفاع القبيص) يريد به حشر العورة ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابل بخياطة القبيص دون القباء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صححها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسد بالشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي فساد البيع بها لانها بمنزلة في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغنى وقفاوى قاضيان

(قوله لان صاحب الثوب الخ) (١٧٤) أقول تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما عمل بقوله لقصور جهة الموافقة

قال (ومن دفع الى خياط ثوبا بخياطة قبيصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهم) قيل معناه القيرطف الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القبيص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانها ما يتفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القبيص ووجه الظاهر أنه قبيص من وجه لانه يشد وسطه فن هذا الوجه يكون مخالفا لان القبيص لا يشد وينتفع به انتفاع القبيص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما بينه في باب ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء فيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاضح انه بخير لا لنحو في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه بخير كذا هذا والله أعلم

باب الاجارة الفاسدة

قال (الاجارة تفسد بالشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلة ألا ترى أنه عقدي يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)

الخطبة المشروطة تعين العكس حيث كان ما جعله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد وهو الخطبة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكثري على الجار وهو الا كاف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صححها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح أي الواجب فيها هو الاقل من أجر

أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ

باب الاجارة الفاسدة

(قوله وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد

كما رأيت لسياق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا

فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول

وان كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم كما اذا

استأجر الدار أو الحمام على أجر معلومة بشرط أن

يغيرها أو يرميها وقالوا اذا

استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة

ويجب عليه ان يسكنها أجر المثل بالغاما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يدفع مادة الاعتراض يجعل اللام للعهد

قال في المحيط البرهاني اذا تشارك دار من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقتضيه العقد والواجب فيه منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يتسلى بئر الوضوء والمخرج واذا سكن يتسلى واصلاح ذلك على الا أجر فكان للاجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني في شرح قوله ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف الخ لو قال آجرتك هذه الدار شهر بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغاما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيان انتهى ولعل وجهه أن العاقد لم يجعل المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخليه وهي التمكن كما سيجيء وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلته بديل فيجب أجر المثل بالغاما بلغ كما اذا لم يذ كر في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى فليشتر وان الله الهادي (قوله بالغاما بلغ) أقول لا تنفاد المرجع ثم

يجب بالغامابليغ اعتبارا
بييع الاعيان فان البيع
اذا فسد وجب القيمة بالغة
ما بلغت وهذا بناء على أن
المنافع عنده كالأعيان ولنا
أن تقوم المنافع ضرورة دفع
الحاجة بالعقد والضروري
يتقدر بقدر الضرورة
والضرورة تندفع بالصحة
فيكتفي بها وهذا كما ترى
يقضي عدم اعتبار الاجارة
الفاصة الآن الفاسدة
تبع للصحة فيثبت فيها
ما ثبت في الصحة عادة
وهو قدر أجر المثل وهذا
يقضي لزوم الأجر المسمى
بالغامابليغ لكنهما اذا اتفقا
على مقدار في الفاسد
سقطت الزيادة وهذا
يقضي لزوم الأجر المسمى
بالغامابليغ امكن لما كانت
التسمية فاسدة لم يجب من
المسمى ما زاد على أجر المثل
فاستقر الواجب على ما هو
الاقل من أجر المثل والمسمى
بخلاف البيع فان العين
متقوم في نفسه وهو أي
القيمة هو الموجب الاصل
وانما ذكره لتذكير الخبر
فان صحت التسمية انتقل
عنه والا فلا

قال المصنف (لان الفاسد
تبع له) أقول ينبغي أن
يكون ههنا مقدمة مطوية
مثل أن يقال ولا يلزم عدم
اعتبار الفاسد وفي بعض
النسخ الآن الفاسد تبع له وهذه النسخة ظاهرة

وقال زفر والشافعي يجب بالغامابليغ اعتبارا يبيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد
لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها الآن الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة
لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى
لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهي الموجب الاصل فان صحت التسمية
انتقل عنه والا فلا

المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى
ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغامابليغ كما صرح به في الذخيرة
والمغني وفتاوى قاضيان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من
أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعنا
لما قيل الاقل من الأجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم
التسمية وجب أجر المثل بالغامابليغ نفي له في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيان اه كلامه
(أقول) فيه شيء أما أولا فلا نفي له في قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدروري
في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذ كور للعهد لان قوله الاجارة تفسد
بالشروط كما يفسد البيع لم يذ كر في مختصره قبيل قوله المذ كور بل ذ كر قبيل مقدار الورقين ووقع
بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاصة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلامعنى لان يجعل
سياق الكلام على جعل اللام في قوله المذ كور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله
المذ كور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدروري وأما ثانيا فلا نفي له لو كان اللام في القول المذ كور
للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذ كور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط
من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى
وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة متروك الذي ذكر بالكلية غير مبين
أصلا ولا في مختصر القدروري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتمدين وهذا مما لا تقبله الفطرة
السليمة وأما ثالثا فلا نفي له ان اندفع بجعل اللام في القول المذ كور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره
برد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب
فيه أجر المثل بالغامابليغ كما اذا استأجر دارا أو حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستأجر فان الواجب
على المستأجر هناك أجر المثل بالغامابليغ صرح به في فتاوى قاضيان وغيرهما وذكر في النهاية أيضا نقلا
عن فتاوى قاضيان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتمدين فينتقض عمل ذلك قوله الواجب
في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى * ثم أقول الحق عندى ان اللام
في القول المذ كور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وانه لا حاجة الى
تقييد الحكم المذ كور بأنه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا
باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور السراح وذلك لان معنى الكلام أن الواجب في الاجارة
الفاصة أجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تتصور فيه
فانه اذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلا للقطع بأن
المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغوا أن يقال هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل فصار ملخص المعنى أن
الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الآن يكون هناك مسمى معلوم حينئذ لا يجاوز به المسمى بل
يجب الاقل منه ما نعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغامابليغ ان لم يكن

(ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الآن يسمى جلة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جلة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجع بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم أن يكون النقص بمحض الآخر أو لا اختلاف المشايخ فيه فذهب من يقول أنه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد وبصح (١٧٦) على قول أبي يوسف ومنهم من يقول أنه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ووجه

ذلك مذكور في المطولات (فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للوَجْر أن يخرج به إلى أن ينقض الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الآن الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى وبومها من الشهر الثاني لأن في اعتبار الأول بعض الحرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل مضي رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيئ وقته وكلاهما لا يجوز ذكره لذلك طرقت ثلاثة منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الآن يسمى جلة شهور معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جلة شهور معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للوَجْر أن يخرج به إلى أن ينقض) وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الآن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني وبومها الآن في اعتبار الأول بعض الحرج قال (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره

هناك مسمى معلوم ووجوب الأقل من أجر المنزل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجر المنزل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقه عوا فيما وقعوا وإذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المنزل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في أول الشهر إلا أن انعقادها قد تحقق في الحال بالإيجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا انعقد ساعة فساعة على حسب حدود المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد إلى حدود المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها فلم يحز الفسخ قبل أو ان الانعقاد لم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا به مذكور أعيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر إليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به فاطمينة وسيجيء في الكتاب (قوله وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال

العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا إلى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا في فكذا فسخه (فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سمي) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجهول (قوله ومحصورا ترجع بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتباره ترجيح بلا مرجح

في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أبا حنيفة قال هـ ذاجاز لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جاز أن الاجارة في الشهر الاول جائزة فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في رأس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكثير منكر وانما ثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيان أن موضوع الاجارة أن لا تزال الرقبة عن ملك المؤجر ولا يجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر زال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكنها ولا يبيعها ولا يهبها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الآن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يحن وقته والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة فبئس وقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البجلي ونظيره هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع اشترى عبدا على أنه بالخيار فم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحى في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ هذا الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفذ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا كذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال وبومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو بومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل بقضين حق فلان رأس الشهر فضاء في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحن استحسانا الى هذا اللفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الآية في وضع هذه المسئلة فان محمد رحمه الله قال في الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر والامام قاضيان قال في فتاواه رجل أجر داره أو حاقوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذلك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه * وأقول يمكن أن يقال نفذا الفسخ وتأثيره في ذلك الطريقين

لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء (لذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعتقب السبب) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم (بخلاف ما اذا قال الله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يعتقب نذره ما لم يبينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالي ليست بمجمل) توضيحه ان الشروع في الصوم لا يكون (١٧٨) الا بزيمة منه وربما لا يقترب ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال)

على بناء المفعول أي يبصر (فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل) في الشهور العربية فمهما كان العمل به يمكننا لا يصار الى غيره (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف (ثلثمائة وستين يوما) وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولا يحنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتماثله انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق) قال صاحب النهاية هذه حوالة غير راجحة فان مثل هذا الاختلاف على أن الاشهر كلها عند أبي حنيفة رجح الله بالايام وعندهم بالباقي بعد الاول والاخير بالاشهر

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فأشبهه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمجمل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هي الاصل (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتد به الجاهالة لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحمام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحمام الاجرة ولانه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا

أيضا عند أن ينقضي الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني هذا غاية ما يمكن في توجيهه الطريق يقين المزبورين وان كان ينبوعه ظاهرا لا يظن ثم ان الامام الزبلي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس من غير تكبر منكرا الا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح السكز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزبلي لان التعامل اذا وقع من غير تكبر منكرا فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابله على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطاق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية في تعليقه لذكر الشهر منكورا وتبعه الشارح العيني (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلان المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم أيضا منكور مع أن الجواب مختلف والصواب في تعليقه ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليق هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمجمل له تبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الباء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أي يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب العناية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل

لم يجر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول والاخير والمتواسط بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام الخ) استجار الحمام والحمام وأخذ أجرتهما جائزا أما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز

(قوله لذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

للجهالة ولكنه ترك الاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجهم وأعطى الحجام الأجرة ولأنه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جازا وانما ذكرهما في الأجرة الفاسدة مع كونه جازا لأن لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحجام أخذ انظار قوله صلى الله عليه وسلم الحجام شر بيت ومنهم من فصل بين حجام الرجال وحجام النساء فذكره اتخاذ الحجام للنساء لأنهن نهي عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهم ما والحسن والنخعي رحمه الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من البحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحجام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حجام الخففة وأربل ما روى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة فأما بعد التسرف لا بأس بالدخول ولا كراهة في (١٧٩) غلته كالأكره في غلة الدور

والحيوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه فأتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لي عبلا وحجاما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفعل أي ضربه (وهو أن يؤجر فلا ينزوع على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة

قال (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو أن يؤجر فعلا لينزوع على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من البحت عسب التيس والمراد أخذ الأجرة عليه قال (ولا الاستجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولاننا كلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرة وان القرية متى حصلت وقعت عن العامل وله ذاتا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كافي الصوم والصلاة

هو أول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسره قوله يهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعاً وليس مراده بقوله أراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال إذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعاً بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقوله حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محججاً رحمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الأجرة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلاً (قوله ولان القرية متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول

والحاجة تدعو اليه فكان جازا كاستجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم ان من البحت عسب التيس (رواه البخاري) ومراده أخذ الأجرة عليه ولا يجوز الاستجار على الاذان والحج (وكلامه فيه ظاهر) قوله على عمل معلوم غير متعين عليه إشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استجاره بالاجماع

قال المصنف (وهو أن يؤجر فعلا) أقول كأن المصنف يريد أن في الكلام مجازاً حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفعل كاطلاق المرسن وإرادة مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفعل أي ضربه) وهو أن يؤجر فعلا لينزوع على الاناث (أقول قوله وهو أن يؤجر فعلا الخ يدل على أن العسب بمعنى الأكره على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضربه ويجوز أن يقال ظاهراً إضافة الأجرة الى العسب يقتضي أن يكون العسب بمعنى الضراب تقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (ومراده أخذ الأجرة عليه) أقول أي المراد من عسب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العسب الكراهة الذي يؤخذ على ضرب الفعل ونهى عن عسب الفعل تقول عسب فعله يعسبه أي اكراه وعسب الفعل أيضا ضربه ويقال ماؤه

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستنجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن) وقالوا انما كره (١٨٠) المتقدمون ذلك لأنه كان للعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم

من أمر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخياط في مجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة ذكره في الذخيرة (ولا يجوز الاستنجار على سائر المصنفين لأنه استنجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فانه لو استحق به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الامن الشريك) ولا يجوز ان يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتهى لانه يمكن بالتخليه أو بالتأبؤ فصار كما اذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يبيح حنيفة

ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الأمور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا يجوز الاستنجار على الغناء والنوح وكذا سائر المصنفين) لانه استنجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الامن الشريك) وقالوا اجارة المشاع جائزة (وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من داره مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم يمكن بالتخليه أو بالتأبؤ فصار كما اذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يبيح حنيفة أنه أجر مما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز

بنتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم نطاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب بحديث الخنعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه حجى عن أبيك واعتبرى فان ذلك صريح في وقوع القرية عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقريره هذا الدليل ولان القرية متى وقعت يقع ثوابها لالفاعل لا للغير اه (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الأصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والاخر عن أمته من أقرب واحد انيسة الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب فضيحة إحدى الساتين لأمتيه اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين واللقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للتعليم وانما وظيفة الاخذ والفهم وان أريد ان المعلم أيضا مدخل في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهمه ما لقيه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعليم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيقول أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفي التغاير الاعتباري لنا ان لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الأمور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المارين آنفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تعليق المنافع بعوض في الاستنجار على تعليم القرآن ونظائر بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستنجار في هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعلة مما

أنه أجر مما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقريره أجر مما لا يقدر على تسليمه تسكب

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقريره أجر مما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده

(لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملا للقسمة كالدار أو كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني أن يكون مما نفعه وتقرر به لا نسلم انتفاء المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله (والخلية) جواب عما قالوا والتسليم ممكن بالخلية ووجهه أن الخلية لم تعتبر تسليم الذات حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكين) فكانها اعتبرت على وهو وسيلة الى التمكين (والتمكين في المشاع غير حاصل) ففات المعلول واذافات المعلول لا معتبر بالعله (بخلاف البيع) فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الخش فكان التمكين بالخلية فيه حاصلا وقوله (وأما التبايؤ) جواب عن قولهم أوبالتبايؤ وحاصله أن التبايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفأ شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتبايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وقوله (وبخلاف ما إذا آجر من شريكه) جواب عن قولهم ما فصار كما إذا آجر من شريكه وجهه أنه إذا آجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ) (١٨١) وفيه نظرا لانه لو لم يكن فيه شيوخ

لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب أن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفى شيوخ موصوف ويجوز أن يكون الشيوخ مانعا للحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء وأما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد

وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والخلية اعتبرت تسليم الوقوع تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكين فيه وأما التبايؤ فاما يستحق حكما له بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وبخلاف ما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه

تسكب فيه العبرات الآن لا يسلم صحة ذلك الدليلين (قوله وأما التبايؤ فاما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا) هذا جواب عن قولهم أوبالتبايؤ وحاصله أن التبايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفأ شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتبايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا كذا في العناية واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهم لم يقولوا ان التبايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولون ان تحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التبايؤ وأما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وما نحن بصدده منه اه (أقول) كل واحد منهما ماساقت أما الاول فلا أنه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكره ههنا من قبل أي حنيقة ليس بعينى على ان يكون مدار ما قاله صاحبه على ان التبايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهم لم يقولوا ان التبايؤ هو القدرة بل قالوا يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على ان قولهم أوبالتبايؤ في قولهم ما والتسليم ممكن بالخلية أو بالتبايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التبايؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التبايؤ بل ثبوت القدرة على التبايؤ متأخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما له بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المقدمة بثبوت

في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وينصيب شريكه بالامتياز فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على أن يمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كل من على هذه الرواية

(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يرد شي (قوله وتقرر به لان نسلم انتفاع المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لان تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند قال المصنف (وأما التبايؤ فاما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهم لم يقولوا ان التبايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولون ان تحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التبايؤ (قوله لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا) أقول يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لانه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبيغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا الوأرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر

طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجهه ولم يدرك أن الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلا نثبت البقاء لعقد الاجارة مما لم يناع فيه أحد فان الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد هو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا بقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة من كشف بما ذكرهنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بأن أجور رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن أجور رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انفسها بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوع المقترون بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجديد الانعقاد في حق المعقود عليه فأما أصل العقد فمقتضى لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المفارن كما في الهبة اذا وهب كل دار وسلمها ثم رجع في نصها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم أن القياس يأبي جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليس شرب لبنها لكن جوازها استحسانا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صبا غاليا صبيغ له الثوب فانما جائزة وطريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبيغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا به هذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا تحرير ركيبك بل محتمل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ما اذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن يقع كالصبيغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها أن القياس يأبي جوازها لكن جوازها استحسانا فليذكر في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تنق (قوله اقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن تباع كالصبيغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تباع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا الوأرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضائه العدة

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استأجر بقره ليشرب لبنها ووعد ببيان العذر عن الارضاع بلبن شاة وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه شمس الأئمة بعدد وثبته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمره ووسائط منها اللبن فجعل (١٨٤) العين المرثية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع

الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبه له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فتحن مامنعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعاً وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك

(قوله وهو تقليد صرف) أقول يعني لشمس الأئمة (قوله فجعل العين المرثية) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره يحيى بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الا أن يقال المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا يتشبه) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقره ليشرب لبنها وسنمين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى

الطلاق وهو قوله وان استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز انتمى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذا لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتمى (أقول) ليس ذلك بتمام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبسوطة في رواية انتمى فتدبر (قوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) القول الاول اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واختاره المصنف كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض الناجرين أن العقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كبن الانعام ثم قال والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الشدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتمى كلامه وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه الامام الكبير شمس الأئمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى توجيهه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمره ووسائط منها اللبن فجعل العين المرثية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبه له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فتحن مامنعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعاً وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا الاحتمال لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا الا ترى أن الصبي في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعاً مع أنه مما يجوز بيعه قطعاً ثم ان للشارح العيني ههنا كلمات كثيرة من خرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الأئمة السرخسي ورداعلي صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبيننا حالها التزامنا الاطباء بلا طائل ولكن لا علينا أن نذكرها من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية

على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله والعناية على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر الى قوله ولا يتشبه له (قوله وايس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعاً لا يدل على عدم جواز بيعه كافي الصبيغ

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (صححت اذا كانت (١٨٥) الاجرة معلومة اعتبارا باشتجار عبد

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اننا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (وايجوز بطعامها وكسوتها استئجارنا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ ولها ان الجهة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الأتطار شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهة لا تفضي الى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع

والعناية قلت قول شمس الأئمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيئا فشيما مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يردده والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد بن جرير انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلى كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والاخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس يتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تعليق المنافع بعوض دون تعليق الاعيان فان تعليق الاعيان بعوض هو البيع لا غيره وهذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لا يجدى شيئا أما صورة العارية فلان العين هناك باقية على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا أساس لها لما نحن فيه وأما صورتان الاخرتان فلان المعنى فيهما وان كان تعليق العين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الاخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجاهلين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذکور في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد بن جرير بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحدرجه لله التي هي الرواية المعتبر بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدر في ذلك قطعا مما الشبهة فيه الامن الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظواهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسى ما قدمت

قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال جماعة
من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقتين (أقول) فيه نظرا
كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يسم الطريقتين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان
اعتبارا بالاستئجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستئجار
على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصود الاحالة وفي استئجار الطريق يقع على اتلاف العين مقصودا
على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبارا أحدهما بالآخر فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا
اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات
المسئلة وأخذ كذا القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقتين فناسب
كرهها متصلا بأصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد
سبل الطريقتين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال

(۲۸ - تکرار مباحث)

(٣٤ - تكملة سابع) المصنف (وفي الجامع الصغير فسمي الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطوام من صلب

زرع الخافض أى للطعام أو المراد بالتسمية هو التعمين أى عين الطعام بذراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى فتأمل

وفسر قوله فان سمي الطعام دراهم (١٨٦) (بأن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لاجهالة فيه (ولو سمي الطعام وبين قدره جازيا) لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان

وركاكة الجواب الذين ذكرهم صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل بما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجعت الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة بعبارة طعامها ثم أعطى الطعام بأزاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا الى ذلك (وهذا أي جعل الاجرة على هذا الوجه لاجهالة فيه وكذا الوسمي الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى اجرة (لان أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الخنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينه والاثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما اذا كان مسلفا فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينه فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بعبارة طعامها الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدرافي كلام الجامع أي سمي بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعي الا أن التقدير لا بد

له من قرينة فتأمل هل هناك ما يصلح أن يكون قرينة لذلك

النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة بعبارة طعامها ثم أعطى الطعام بأزاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا الى ذلك (وهذا أي جعل الاجرة على هذا الوجه لاجهالة فيه وكذا الوسمي الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى اجرة (لان أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الخنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينه والاثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما اذا كان مسلفا فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينه فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بعبارة طعامها الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدرافي كلام الجامع أي سمي بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعي الا أن التقدير لا بد

(ويشترط بيان مكان الايقام) اذا كان له جل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجته من وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله وله إذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه طؤرة زوجته أولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبيه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي (على الظن) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها لانهم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل) لانتفاء اللبن ولهذا لو أوجر الصبي بلين الظن في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله (انه اختلف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها لانه فان قيل (١٨٧) الظن أجبر خاص أو مشترك

أجيب بأنها أجبر خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فأت أوسرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم يضمن الظن لانه بمنزلة الاجبر الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجبر الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجبر الخاص لا عينه وذكر في الاخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا فانها لو آجرت نفسها القوم آخرين

(ويشترط بيان مكان الايقام) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير ديناً في الذمة اذا صار مبيعاً وانما يصير مبيعاً عند الاجل كما في السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجته من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستأجر يمنعها عن غشيها في منزله لان المنزل حقه (فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي وله إذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لانص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن أما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظن فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها) لانهم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل

والحق عندى ان مرجع الضمير هو الطعام وتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة أوصافها أو صاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا الجار وليس بارضاع) في الصحاح الوجور الدوا هو جري في وسط القم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا الجار الارضاة فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع

لذلك ولم يعلم الاولون فأرضعت كل واحد منهما وقرغت أتمت وهذه جنابة منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملهما فقلنا بأنها تستحق الاجر منهما كلا تشبيها بالاجبر المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجبر الخاص

(قوله أجيب بأنها أجبر خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكرا المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجبر الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فان العقد قد ورد على منافعها الخ وقوله والاجبر الخاص أمين فليتأمل (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجبر الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك شهور ولم يعلم الاول به فله الاجر كاملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء الا أنه يأنى وفي البراز به ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا ويأنى ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يؤاجر نفسه من آخر في مدتها ولو آجر من آخر في المدته الثانية أيضا ويطيب له الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بفقير منه فالأجرة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى فقير الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثورا يطحن له حنطة بفقير من دقيقه

هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلين شاة بل الظاهر أن يقول وان أجرته بدل وان أرضعته اللهم الا أن يحمل على المشاكلة بلا بسمة مسئلة استأجر الطير التي وطيفتها الارضاع تأمل فان قيل الظئر أجير خاص أو أجير مشترك أجيب بأنهم أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الطير شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعتها في المدة لا يرى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده اهـ ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وان تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان أجرت الطير نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسدوا هذه الأجرة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أتمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين اهـ وجه الدلالة على احتمالهما انها لو كانت أجير واحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وأتمت بما صنعت ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الاجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما فقلنا بأنها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبأنها تأثم لشبهها بالاجير الواحد وهذا ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتنى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلاله لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال وفيه نظرا لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينيه انتهى (أقول) نظره سافط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعتها في المدة وتصوره بقوله لا يرى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعاً على انها أجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر كرامة المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا تكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ (أقول) ليس ذلك الجواب بتام اذ يرد عليه أن يقال لو كانت الطير أجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستأجر كرامة المدة لما استحققت الاجر كاملا اذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتمرات أيضا وعن هذا قال في الذخيرة والحيث البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشك اذا قال أبو الصغيرة للطير استأجرتك لترضي ولدي هذا سنة بكذا لان الطير في هذه الصورة أجير مشترك لان الاب أو وقع العقد أولا على العمل انما يشك فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا بكذا لانها أجير واحد في هذه الصورة لانه وقع العقد على المدة أولا وليس لأجير الواحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا أجرا لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول ويأثم والوجه في ذلك ان أجير الواحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه إبقاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجير واحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتأثم بما صنعت ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الاجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهما فقلنا بأنها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالاجير الواحد اهـ فقد ظهر ان

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بفقير منه لانه في معنى فقير الطحان في بيعه ل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن فقير الطحان وهو أن يستأجر ثورا يطحن له حنطة بفقير من دقيقها

(قوله وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما) أقول من قبيل الحذف والايصال

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومنه لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدره غيره) واذا ثبت فساد العقد (١٨٩) كان للمالك أجر مثله لان

صاحب الثوب استوفى منفعته بعد فساد مكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لان المستأجر

(قوله لانه في معناه من كل وجه) أقول في تقرير الجواب نوع مساحمة والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس الآن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومنه لا يترك بالعرف) أقول سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (أقول) ما سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس يخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قوله ما الحاجة الناس اليها ونظهور تعامل الامة بهم والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه أي من حيث انها استجار ببعض ما يخرج من عملها كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجي من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قوانين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وثانيه ما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وأستاذ القاضى الامام أبي على النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا ما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستاذ القاضى كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر مجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون النظر أجير واحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومنه لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (أقول) ما سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس يخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قوله ما الحاجة الناس اليها ونظهور تعامل الامة بهم والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه أي من حيث انها استجار ببعض ما يخرج من عملها كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجي من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قوانين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وثانيه ما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وأستاذ القاضى الامام أبي على النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا ما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستاذ القاضى كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك) أقول الحاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمّل وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال) أقول قال العلامة الزيلعي فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالحجيّة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو ديناً على ما بيناه من قبل فكيف يملكه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجميع

ملك الاجير) الاجرة (في الحال بالتعجيل) لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة (فصار) حاملا لطعاما (مشترا كل من استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما (١٩٠) لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله

بالنصف الاخر تلويح الى مسألة أخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكرا الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن نفسه سدا الاجارة لكونها في معنى قفيز الطمان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكرا

والثاني انه قال ملكه في الحال وقسوه لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقوله ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والتظاهر ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والا ليام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفردة وضمة الملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والثاني باطل اذ حيث يكون مشترك بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا

ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

ملك الاجير في الحال بالتعجيل الخ قال الامام الزبيدي في شرح الكزبي بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا او ديناء على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاليه ساقط أما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية ومراجع الدراية حيث قالان ان ههنا مسئلتين احدهما ما اذا استأجر رجلا لحمل كرا حنطة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة ولا جبر أجر مثله ان كان بلغ الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكرا والثانية ان يستأجره لحمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره لحمل نصف طعامه بالنصف الاخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلان المناقاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه يملك الاجير ابتداء بوجوب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل اقباضه من المعقود عليه ولا يذهب عليه انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما ما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث قال وأما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استأجره لحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فاعلم اليه على سبيل التملك لنصف الكرا من قبل ان البدل نصف كرا مطلق لان نصف كرا محمول الى بغداد فصار بتسليم الكرا اليه مجالا لاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكرا قبل اقباضه من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذلك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقوله ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفردة وضمة الملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والثاني باطل اذ حيث يكون مشترك بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا

فليتأمل قال المصنف (ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه) أقول فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يعمل على المبالغة في التشبيه أي هو عامل لنفسه وسيجي من الشارح أكل الدين جواب هذا البحث فراجع وتأمل فيه

وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر رجلا يحمل طعاما بقفيز منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف عن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعا وجمع عافيهما فاشترى كان على السواء قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم الخ) المختاتيم جمع محتوم وهو الصاع سمي به لانه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص وإضافة العشرة الى المختاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقال هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستحصال لا لتعليق العقد به فكانه استأجره للعمل على أن يفرغ منه (١٩١) في أسرع الاوقات والحمل على هذا

عما لا بد منه دفعه للجهاالة لتصح العقد ولا يحنيفة أن المعقود عليه مجهول لترده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذ كر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس أحدهما أولى من الآخر والجهاالة المنغضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الابتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب

قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في اجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستحصال لا لتعليق العقد به فترفع الجهاالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذ كر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضى الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه لا ظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر منه في الطلاق

فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أى هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمش رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في عممية البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتى تمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذ كر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسألة الراعى على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى

الاجير أجره نظرا الى الاول ومنعه المستأجر نظرا الى الثاني فأفضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتجمل تحكما لتفاوت الاغراض فقد يكون للتجمل وقد يكون لكون المنفعة معلومة وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلان درهم وان خطته غد فذلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتجمل وبيننا وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبره قفيزا دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بيننا وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيه ماصرفه عن حقيقة التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التجمل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنه فلا يصار الى المجاز

قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضى أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعه قال المصنف (وذ كر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسألة الراعى (قوله وطواب بالشرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلان درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بيننا وبين ما قالوا في مسألة الراعى انه اذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فلا اعتبار لتقديم منهما في كون الاجير خاصا ومشترا كالتبأمل

وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على في معنى الشرط على ما عرفت في موضعه فحيث جعله شرطاً دل على أن مراده التجهيل يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذهب كور في الكتاب أنه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للطرف والمطرف ولا يستغرق الطرف كما مر في الطلاق فكانت في بعض اليوم وذلك يفيد التجهيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكربها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر أرضاً على أن يكربها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تنافي الا بالسقي والكرب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يثنى أو يكربها أو يزرعها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالثنية ان كان ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لان الزراعة (١٩٣) لا تتوقف عليه وان كان المراد به أن يكربها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع

قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكربها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تنافي الزراعة الا بالسقي والكرب فكان كل واحد منهما مستحقاً وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط أن يثنى أو يكربها أو يزرعها أو يسقيها فهو فاسد) لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهي منهي عنه ثم قيل المراد بالثنية أن يردّها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكرب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لاتبقي منفعته وليس المراد بكربها الا انها ارجلها بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال (وان استأجرها ليزرعها بزرعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الاعيان

تخرج الأرض الربيع بالكرب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الأرض الربيع الا بالكرب مرتين أو كانت تخرج بالكرب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاد المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام

بلاذكر خلاف هناك فتأمل (قوله لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع (قوله وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكرب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح انما قيد بهذين القيدين أي بالكرب مرة وبكون المدة سنة لانه

هو والصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل دون الاول (واذا استأجر أرضاً ليزرعها بزرعة أخرى اذا لا يجوز أصلاً وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان

(قوله وكذلك بينها وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل رجلاً كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزاً الى الليل فهو فاسد كالمسئلة من غير ذلك خلاف فن مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبي حنيفة اذ لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ما ذكر في هذه المسائل قياس قوله وما ذكر فيهما تقدم استحسان على قولهما اذ لا فرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خير بأنه لا بد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالاجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التجهيل) أقول لكونه وصفاً مطلوباً قال المصنف (لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تنافي زراعته الا به (قوله دون الاول) أقول ولئن بقي فكريه من مقتضيات العقد كالكرب بخلاف الانهار العظام

ولهذا جازت الاجارة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك ديناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحترم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهى تقدم في البيوع (والى هذا) أي الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك أطلت الفكرة فأصابك الخيرة وجالست الخنائى فكانت منكزلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنائى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى أن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بوجود بل بمحدثان شيئاً وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد بتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالا لحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالا لحاق تثبت الشبهة لا شبهة متاوعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء (١٩٣) يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه

لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقق النساء ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرها موجودين لان بطلانه قد تقدم

حتى جازت الاجارة بأجرة دين ولا يصدر ديناً بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد

إذا شرط أن يكرها مرتين في موضع لا يخرج الأرض الربع بالكرا بمرتين أو كانت تخرج به بالكرا بمرّة إلا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثانى ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز عبارة العذابة والثانى ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن الثانى أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأنى زراعة الابنة انتهى (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شرطه الاول فلانه اذا كانت الأرض تخرج الربع بالكرا بمرّة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثانى فلا شك أن الكرا بمرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكرا بمرّة واحدة من غير حاجة الى الكرا بمرّة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته وأما شرطه الثانى فلانه اذا كانت الأرض تخرج الربع بالكرا بمرّة فهل يقول العاقل لا تتأنى الزراعة هناك إلا بالكرا بمرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكرا بمرتين في موضع تخرج الأرض الربع بالكرا بمرّة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فانما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر لانه لا نفع فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى ابن سماعة كتب

(قوله ولهذا جازت الاجارة بدين أي بأجرة هي دين

(٣٥ - تكمله سابع)

على المؤجر) أقول يعنى كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه داراً بذلك الدين الذى في ذمته (قوله أما علمت ان السكنى بالسكنى) أقول الظاهر أن المضاف مقدراً أى مبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد بتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً) أقول الانسب أن يقول يتأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثانى (قوله وعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة الحرمة للنساء اذا لمجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمى لوسلم يورث شبهة في الا لحاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل وانما قلت لوسلم لانه يجر الى مذهب الشافعى ظاهراً (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول الضمير في قوله لفقدانها ارجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقاً آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا يتجوز الزام على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتأمل (قوله لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرها موجودين) أقول الاظهر أن يقال في تقرير السؤال انما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثانى في عدمها وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة

من بلغ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكني دار بكسفي دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فأصابك الخيرة وجالست الخنثى فكانت منك زلة أما علمت أن السكني بالسكني كبيع القوهى بالقوهى نساء والخنثى اسم محدث كان ينكر الحوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكري عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بوجود بل بحديثان شيئا فشيئا وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد يتأخر العقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالا لحاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالا لحاق تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء بقاء فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقيق النساء الى هنا كلامه (أقول) في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تحقق المجانسة بين البديلين اذا لمجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني أن هذا الجواب يناقض الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها التي تتأخر وتحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكم العين القائم مقام المنفعة فدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتباً على الحقيقة والثاني مرتباً على الحكم دون العكس تحكم بل احتمال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحاً للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضاً بحث لانه أن أراد بالمعقود عليه الذي رده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من التردد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة وهذا كان القياس بأبي جوازها الا أنا جوازها حاجة الناس اليه فأقمنا الدار مثلاً مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليه اليرتبط بالإيجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلاً للعقد الاجارة قطوان أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكماً وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من التردد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تحقق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفاً واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاماً على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكني بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتأمل (أقول) هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكني بالزراعة مبادلة الشيء

(و) الثاني (أن الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب والبس والزراعة والسكنى (١٩٥) فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ

بالكالئ أجيب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدین وان قيل اتقى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم يصحبه الباء ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جارا صاحبه على أن يحمل نصيبه فعمل الطعام كله فلا أجر له يعني لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائزا وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام يعني الطعام المشترك أو عياد مشتركا ليخيط الثياب

(قوله يعني الطعام المشترك) أقول وعندى لا حاجة في انعام الكلام الى جعل الطعام مشتركاً فإنه لو كان

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جارا صاحبه على أن يحمل نصيبه فعمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائزا وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عياد مشتركا ليخيط له الثياب بجنسه والذي يحرم النساء بانقراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزيلي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فإنه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع بنقد ساعة فساعة على حسب حدودها على ما ينما من القاعدة فقبل وجودها لا ينقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناف كيف يتصور فيها النسبة فعمل بذلك أن الاحتجاج به غير محاص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهي استشكله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضا فوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدین اذا الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح وأما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدود المنافع الا أن نفس العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر بوجود الفعل وهو علة معلولها لان انعقاد وتأخر المعلول عن العمل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الإيجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقر في صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد في أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسبة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيه اذا كان البدل ان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسبة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى (أقول) للخصم أن يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثير من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد الحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكأنه أشير اليه في الكافي وغيره بان يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لانتفاء الفضول انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندى

للمستأجر خاصة بتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي بل لا يعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك محل فليتامل

ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذا حمل يقع على معين والشائع ليس معين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر احيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستحجار اعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلا وقرق بين هذا واجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما هنا فانه متعذر أصلا فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان

البيع تصرف حكيم) أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان مامن جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجر على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقاتل أن يقول لا يخسرو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه وغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة

(قوله احيب بان حمل الكل حمل معين) أقول في هذا

ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكيم واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم

لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الزام في قوله يتوجه الزام الشافعي اما أن يكون مضافا الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهدة بهم من قبل الشافعي وهي جواز استحجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا يخالف فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليهم اوله هذا ذكرنا في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما نقرر عندنا وهذا يصير ذلك الزام علينا أيضا وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الزام علينا من الشافعي أصلا * ثم أقول الظاهر عندي أيضا انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لما ذكره ذلك القائل بل لان تمشية استشهاد الشافعي ظاهرا بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدارين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الاطلاق يشهد بذلك كالم تأمل الصادق (قوله ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية اذا حمل يقع على معين والشائع ليس معين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر احيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر وهو ان عدم كون الكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن جعل الطعام واقع على معين قطعاف كان موجودا وجعل الكل لا يتصور بدون جعل كل جزء منه فقد استلزم وجود جعل الكل وجود جعل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجراء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيدي شيئا في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال

الجواب تأمل فانه ظاهر ان النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا حمل الكل كان هو مجموعا معه صاحب ويكون كاجارة المشاع فان اللازم هنا ايضا تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وقرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر مامن قفيز أو مامن حصة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجر على غيره) أقول والالزم العوض والمعووض في شخص واحد

وهي تندفع بجملة عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون ومنع الطعام فيه فانه اذا تسلّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحقل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحقل لانه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة كالحقل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو غيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالأجرة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع (١٩٧) فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره) كالذرة والارز فان ضررها

بها أكثر من ضرر الخنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعهما ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفرلانه انعقد فاسدا فلا يتقارب ما ترا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان لأجرة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزرع في بعض المدة وعرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من ابتداء جاز فكذا ههنا

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالأجرة فاسدة) لان الأرض تستأجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما صاحب العناية واقائل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجملة عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بجملة عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتمام لانه انما تندفع بجملة عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جهة له عاملا لنفسه فقط لا تقضي حاجته بل انما تقضي حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الأجرة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما يشرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الأجرة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بجملة عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشيء اذا ذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم تحمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

وصار كما اذا استأجر الى الديار مثلا ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكذا اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكذا اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا يختلف على المختلف فان زفرلانه يقول بذلك أيضا ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق المبادئ لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرارا لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الأجرة ويجوز استئجار الأرض للزراعة ولا يصح العقد حتى يسهى ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدرى وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله

(قوله وهي تندفع بجملة عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع) أقول الخياطة أمر حسي كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان المفسوخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه) أقول في دلالة على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدرى الخ) أقول جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ

(فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسن وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهة التي ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما إذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما إذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر حجارا إلى بغداد بدراهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه)

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى (ومن استأجر حجارا إلى بغداد بدراهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمل الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز لا حكم الفاسد بنفسه لان مباشرة مأمور بنقضه فلا بد وان يأخذ من الصحيح حكمه

استأجر العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تملك المنافع بعوض على ماصر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منفعته لان المنافع مما لا تقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استأجر العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تملك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقديري في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لأفعلا كالحل صح ابقاعه في الشائع كما قلنا في الادار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استأجر العبد المشترك ليخطئه الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيرا مشتركا لا يكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا كان العبد أجيرا وحد ذلك ليس بمقيس عليه ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالحل فينبغي ان لا يصح ابقاعه في الشائع كالحل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استأجر العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحل لانه فعل حسي انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يومئ اليه اتمام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استأجر العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استأجره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استأجر العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ابقاعه في الشائع كما يشهر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة تملك المنافع بعوض ففي كل فرد من أفراد الاجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ابقاع ملك المنفعة في الشائع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استأجر العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهم ما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استأجر عبد مشتركا كالخياط له الثياب يعني ان المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسبا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه موافق لما في العناية ففيه ما فيه فتأمل في التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعد فساد العقد للجهة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب

قال المصنف (وفي القياس لا يجوز) أقول قال السكاكي أي لا يجوز العقد أي لا ينقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفي شرح الشاهان أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى فتأمل أنت قال المصنف (وصار كما إذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال في النهاية بأن باع أو أجزا إلى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفي شرح الشاهان والدياس انتهى

لان العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى) استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذا الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اء كلامه (أقول) لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز وجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد وما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا بحالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهواً من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فيقلب جائزا) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني (أقول) لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فان العقد ينسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه واقتضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل و يرشداً اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا أن المعقود عليه صار معلوماً قبل مضي الاجل فترفع الفساد اهـ هذا وقال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض بل وان يكون ما زرعها مضر بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز فيتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولاً لا يتعين الا بتعيين ما صونا عن الاضرار بأحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما فكذا يتعين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله ولي في هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهي ما في النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما فلا يزول ذلك أصلاً وهذا مما لا سترة به فالكلام الفصيل أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور رأساً وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزاً بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به أولاً فلا شك ان المذكور وارد جداً غير مندفع بالجواب المزبور قطعاً والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ضمان الاجير

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صححها وفسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي ترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية

(فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحساناً كما مر في المسئلة الاولى) وهي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز وجب المسمى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد والله سبحانه وتعالى أعلم)

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان

باب ضمان الاجير

(قوله شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان) أقول اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهي الضمان وجوداً وعدمها

وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى قيل وتعرف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعرف دورى لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرفة موقوفة على معرفة المعرفة وهو الدور اجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجرة حتى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرفة وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد (٣٠٠) لا يصح عند عامة المحققين وإذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفهما بالمثال وهو صحيح

تعريفهما بالمثال وهو صحيح

قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قيل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وإنما قال وهو أى الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره لكن الادم اذا دخلت الجمع ولا معها - ودانصرف الى الجنس هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لا يخرج منه شيء لا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجهها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة

قال (الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)

فقال لماذا كرأنواع الاجارة الصحيحة والفسادة شرع في ضمان الاجير اه وكل من هذين التقريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لماذا كرأواب عقود الاجارة صحيحةا وفسادها ساقط النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذى فطنة ما في تقريره مما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقوله ما هو الضمان انتهى فان ضمير هو راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه الشناعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفرادها أو المراد هو الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثانى ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسير الاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب أجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب أجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الاجير فعيل بمعنى مفعول لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثى وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجر يعنى به من الزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفاعل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثى يكون من المزيد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضى في شرح الكافية وقد جاء فعيل بالغة مفعول كقوله تعالى عذاب أليم أى مؤلم على رأى وقال وأما الفاعل بمعنى المفاعل كالجليس والحبيب فليس للبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزي في المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والنديم فى انه فعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكانه لم يذوق شيأ من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعنى ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجع سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجهها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة

المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان ههنا

ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله واجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استوجر على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة قال المصنف (فالمشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة

لمكن قوله لان المعقود عليه بنا في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظرا والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به) ولا حفظ (فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت بأجر) فانهم ما يقولون انما تصور المسئلة في حافط الامتعة بأجر فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده أمانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والخريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولا يضمنه أن العين في يده أمانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب (فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا) وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لأقامة العمل فكان تبعا (ولهذا لا يقابله الاجر) واذا كان تبعا ثبتت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (٢٠١) (بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق

عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وماتلف بعمله كخريق الثوب من دقسه الخ) ومانلف بعمل الاجير المشترك كخريق الثوب من دقه وزلق الجال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الجمل وغرق السفينة بفتح الراعي من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر) لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والخريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولا يضمنه أن العين في يده أمانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وماتلف بعمله كخريق الثوب من دقه وزلق الجال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الجمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لا ضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا فينظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الواحد ومعين القصار

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه

(٢٦ - تمكمه سابع) ينظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كاجير الواحد ومعين القصار

قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندى فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف دورى فان عدم استحقاق الاجر حتى يعمل بكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندى أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف (لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما) أقول قال الزبيدي بقوله ما بقي اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى وفي النهاية روى عن عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما ولاجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا بأقوال الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقدر الامكان انتهى كلام صاحب النهاية قال ابن البرزقي معناه عمل في كل نصف يقول حيث حط النصف وأوجب النصف انتهى فكانه أراد بالصلح مجازة وهو الخط وفي فتاوى قاضى خان الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله

اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه (أقول) ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس تمام أما أولا فلا ن معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونفيًا كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما ولا أى وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلا اذ لا ضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذاما لا ينبغي أن يرتكب فإذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك في المشترك وأما ثانيا فلا ن الطرفين اذا كانتا متساويتين لم يحتج هناك الى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد نقرر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما المحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر أن قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه أمر آخر غير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك ترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤلف عاقبته الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو فلا بد للتعريف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الآن هذا تعريف للخفي عما هو أشهر منه في فهم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) في الجواب خلل أما أولا فلا ن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور بتعين فساد ولا يمكن اصلاحه فامعنى قوله بعد ذلك الا أن هذا تعريف للخفي الخ وأما ثانيا فلا ن كون الاجير المشترك خفيا وما ذكره في التعريف أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو بأنه هو الاجير المشترك وأما ثالثا فلا ن المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هناك سبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلاثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث محتصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا عما ذكره فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال فيل وتعريف الاجير المشترك ترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تنوقف معرفته على معرفة المعرف اه (أقول) أصل الجواب في الجملة كما ترى

ولكن فيه أيضا خال لأنه ان أراد بعلم مما سبق في ذلك الباب ما ذكره هناك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من أن ذلك حكم عام للاجبر الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجبر المشترك بذلك وان أراد به ما ذكره هناك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشهر به قوله في تقريره هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريف المطلق الاجبر المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استئجاره على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بشيء لان تعريف الاجبر المشترك عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدرى وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يزد ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذالم يذكر معه شيء يحصل به معرفته فاما ان تحتاج معرفته الى معرفة الاجبر المشترك الذي هو المعروف فيلزم الدور أولا تحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجبر المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجية انتهى (أقول) انما يتوهم الانتفاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجبر الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل أصلا على ما سبق فلا انتفاض بذلك أصلا لأن الاجبر المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستأجر وكان الامام الزيد يلعن تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجبر المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفه بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظرا والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعهم لم تصر حقيقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجبر المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله في هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي انه يعني قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة وهذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف

ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذونافيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده

ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله وبمجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير محتمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف مازعه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قررره ذلك القائل لما صح تقرير بيع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قررره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا كما تحقق فيما اذا كان الاجير خاصا يضافو صح تقرير بيع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذونافيه) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقة من صور مستلثنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الجبس لاستيفاء البذل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يجبس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقصد لخص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيما أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمنفعة في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ما ذونافيه كما لو وصف نوعا من الدق بخفاء بنوع آخر اهـ (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية ولملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له اهـ وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه) أقول قوله الذي صفة لا أثر (قوله لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده ولملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له)

ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذونافيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده

ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله وبمجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير محتمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف مازعه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قررره ذلك القائل لما صح تقرير بيع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قررره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا كما تحقق فيما اذا كان الاجير خاصا يضافو صح تقرير بيع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذونافيه) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقة من صور مستلثنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الجبس لاستيفاء البذل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يجبس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقصد لخص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيما أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمنفعة في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ما ذونافيه كما لو وصف نوعا من الدق بخفاء بنوع آخر اهـ (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية ولملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له اهـ وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الواحد على ما ذكره وقوله (وانقطاع الحبل)
جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره (٣٠٥) من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه

فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان التهمة العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي جعله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثر أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يجدي شيئا لأن صاحب العناية لم يتفكر في الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغيره من تبرع له بل أراد منع بطء لان ذلك لا يترتب على التزام جواز ذلك دفع الضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لمحدث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قسوله لانه يمتنع عن التبرع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضاً فانه اذا جاز التبرع امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمن كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضاً كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرراً لغيره من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرو تبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلطف بعمله ملك المستأجر فليأمل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضاً ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحتراز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لامقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالحناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلا منافيا اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلا منافيا اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على

وبخلاف اجير الواحد على ما ذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بني آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالحناية ولهذا يجب على العاقلة وضمنان العقود لا تتحملها العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي جعله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثر أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يجدي شيئا لأن صاحب العناية لم يتفكر في الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغيره من تبرع له بل أراد منع بطء لان ذلك لا يترتب على التزام جواز ذلك دفع الضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لمحدث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قسوله لانه يمتنع عن التبرع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضاً فانه اذا جاز التبرع امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمن كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضاً كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرراً لغيره من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرو تبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلطف بعمله ملك المستأجر فليأمل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضاً ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحتراز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لامقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالحناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلا منافيا اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلا منافيا اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على

انكسر لأن المال عنده أمانة في يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي جعله منه

أقول الحكم بدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمن (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل

(فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار أي الجهتين شيئا فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا فسد الفصاد أو بزغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطف من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) وانما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدرى وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدرى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجة بأمر المولى والهلاك ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس عقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه أي السراية يفتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يكن التقييد بالمصلحة من العمل لئلا يتقاعدا الناس عنه مع مسايس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه (٢٠٦) ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من

رواية الكنايين أن الحجام اذا جسم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أجيب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنابته انتقص ضمانه أجيب بأن مجدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع

فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا فسد الفصاد أو بزغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطف من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدنت فنفت أو حجام جهم عبدا بأمر مولاه فلات فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يفتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قد مناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد

ما فهم من الدليل المذكور من قبل أنمتنا هو مخالفة الاجير لاذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجي من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه في الاحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر في مسئلة القدرى عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد بأمر المولى حتى انه اذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما ساكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما ساكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدرى فلانه ذكر عدم التجاوز عن

اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعليين أحدهما أذن فيه وهو قطع الجلمدة والاخر غير مأذون فيه الموضع وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجلمدة لا محالة فكان كقطع البدن مع حر الرقبة أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرا بخلاف الحرق فانه لا يحتمل أن لا يقع اتلافا

(قوله فلانه اذا انكسر في الطريق الخ) أقول تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما في الجامع الى قوله والهلاك) أقول فيه بحث (قوله ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكريات يفيد نفى الحكم عما عداها (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس عقارن) أقول لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يفتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدمها تبين (قوله حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفي صحة التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالماء المهمة

قال (والاجر الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهر الخدمة شخص اول رعى غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له (يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد في خياط خا طوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف (٧ + ٣) ما اذا فتقه أجني لانه يفتق الاجني لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا ولو كان أجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر (ولا يضمن ما تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غضب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدوم في عمله أو تحرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد

قال (والاجر الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهر الخدمة اول رعى الغنم) وانما سمي أجيرا وحده لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع وله - ذايقي الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس والاجير الواحد لا يقبل الاعمال فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً عنه فيه فيصرفه منقولا اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

الموضع المعتاد و يفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلا يبين الاجرة وكون الخجامة بأمر المولى والهـ لـك ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن اه كلامه (أقول) في بيانه خلل فانه جعل الهلاك أيضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما ما نوتنا من البيان مخصوصا به والهـ لـك مذكور في كل واحد منهما ما غير مخصوص بأحدهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطف من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفتت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير غير فان أهل اللغة فسر واعطى به لك ونفق بمات (قوله والاجر الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل) قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا اه (أقول) لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتشبه ههنا يظهر ذلك بأدنى توجه وقد عرفنا أن صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره أضرار كما أنه لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فامعنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا أن يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فانه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الاما بقدر على حفظه (والاجر الواحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبية فيؤخذ

فيه بالقياس وأما الثاني) وهو ما اذا تلف من عمله (فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها (فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير المأمور) أي الاجير (نائباً عنه فيصرفه منقولا اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

(قوله فعليك بمثله ههنا) أقول فيه بحث (قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) أقول يعني نقضه أجني (قوله لحصول القبض باذنه) أقول القبض بالاذن حاصل في المودع بأجر وهو ضامن لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ الا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها) أقول فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدلائل المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لا يقصر الاجر في الحفظ ولا يظهر أن يقال وكذا عند عدم جريان وجهى الاستحسان في أجير الواحد فبقى على القياس

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط (٢٠٨) واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال

باب الاجارة على أحد الشرطين

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جازواى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهر الخمسة أو هذه الدار الاخرى عشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجارة يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم

بأخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية أخص من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالنسيان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لا يقصر الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذا تظاهر أن ما ذكرهنا حكمه باضمان الاجير المشترك وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمه بذلك فلا تنافي بينهما أصلا على أنه لو كان ما ذكرهنا أيضا دليلا لا حكمه لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكرهنا وما ذكرهنا وما ذكرهنا ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا دليلا على الحكم

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كذا كروا وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسليمه اذا المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الاخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بأن يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا يجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء رائد على ما ذكره في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسليمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذا العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسليمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل

(واذا قال للخياط الخ) اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق وأى العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذلك اذا كان التعديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء اما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله

باب الاجارة على أحد الشرطين

(قوله اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبله قلنا

ليس هذا تعليقا العقد الاجارة بأمر آخر كأن يقول ان جاز يد فقد آجرتك دارى هكذا وهو الذي لا يقبله العقد أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول يعني خيار التعيين

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان في أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قبول يدل على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيف لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطبه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيف حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطبه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغدا اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما

(٣٠٩)

تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كأنه قال خطبه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر لزومه عند العمل كما تقدم وله ما أن ذكر اليوم للتوقيف لانه حقيقة فكان قوله ان خطبه اليوم فيدرهم مقتضرا على اليوم فبما نقضه اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعلق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة واذ كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخطا شيء واحد وقد ذكر بمقابله بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان وله ما أن ذكر اليوم للتأقيف وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين

في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخطا شيء واحد وقد ذكر بمقابله بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيف لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطبه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيف حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطبه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغدا اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطبه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر لزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد في كل يوم يقع يلزم أن يكون في مقابله بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله وله ما أن ذكر اليوم للتأقيف وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامامين جعلوا اليوم في مسألة أن يستأجر لخبز اليوم كذا بكذا للتعجيل هر باعن بطلان العمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الاماميين انما جعلوا اليوم ههنا على التوقيت لكون

(٣٧ - تسكمه سابع)

التعجيل والتأخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد

وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجهيل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخطا الفارسية والرومية

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول أنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شيء بل حقيقة التعليق لمكان ان وجوبه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول ان بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله آتقان أن ذكر اليوم للتأقيف لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتأمل ويجوز أن يحمل الكلام على الالتزام

(ولابي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) أي للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق لفظ التأخير وهو يقبل التأخير وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز وإذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة التي هي التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا وإذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحدوهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب

عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذ كر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي اللزومات

قال المصنف (ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول قيل اذا تأملت في كلام الهداية أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقة أعني التوقيت لزوم فساد العقد ومنه به هم أنه حمل على مجازها لهذا المنطاد القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورة تعيين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرفتمو جعل المنطاد من أول الامر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه زاده

ولابي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل

التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعل اليوم في مسألة الخبر للتجمل لتحقيق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو يصح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما أمكن هناك بجعل اليوم للتجمل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما واقداً فصيح عما ذكرنا من الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبر الخاتم للتجمل فماله ما لم يجعل كذلك هناك من أجل المجاز تصحيح العقد وههنا جعل على الحقيقة للتصحيح أيضا لوعكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الاضافة أي للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم واهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق الخط بالتأخير وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه (أقول) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد مجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول وبفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد التسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجوز ذلك المعنى ههنا فساد الدليل أبي حنيفة بل لمعناه أضاف كانه انما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذ كر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال أوزقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن أن تجوز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذور استلزمه تجوز أثناء تقرير دليل أبي حنيفة فانهم ما يقولون لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجوز ذلك بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا وإذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحدوهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذ كر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي

في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى آخر وهو دليل أن اليوم للتجمل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير ريبه اللزومات ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد فتأمل وفي كتاب الصرف في مسألة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصاً في شرح ابن الهمام (قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر الخ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على ما مر مرارا

ولذلك عد لنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التجميل (وحيثما تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى وبفسد الثاني ويجب أجرة المثل) ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتجميل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان محكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمينات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسئلة الخاتيم (٢١١) فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد وههنا للتجميل وصحة

واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى وبفسد الثاني ويجب أجرة المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

الملزومات ولذلك عد لنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التجميل كذا في العناية وغيرها (أقول) يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيه العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر الاجير أجيرا مشترا كان وقع ذكر العمل أولا وأجيرا وحدا وقع ذكر المدة أولا صرح بذلك في عامة المعتمديات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتجميل هنا حتى أجاز العقد وفي مسئلة الخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وههنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدا لنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يبق مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مراد ففسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالان جوابا فخصهما صاحب العناية فقال بعد ذلك الاشكال والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم به وهو تصحيح العقد على تقدير التجميل فيكون مرادنا نظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بوجود بخلاف مانحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى (أقول) يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الامالي ان خطته في اليوم الاول فله درهم وان خطته في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفى وجوبه في اليوم الاول ونفى التسمية في اليوم الثاني لا ينفى أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد التسمية فيه فيجب أجرة المثل انتهى لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة كما أنفسد في حالة الانفراد مع انه لم يبق فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادته ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفي الاجر بالكلية في الغد واذا كان التوقيت مراد اذ كان ذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينهما وبين مسئلة الخاتيم جذا على قول أبي حنيفة فليتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التجميل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل انتهى (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكال رأسا اذ لا نسلم أن أبا حنيفة جعل ذكر اليوم على التجميل في الصورة المزبورة بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الانفراد وانى تنبعت

العقد وههنا للتجميل وصحة وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مراد ففسد العقد ورد بأن دليل المجاز قائم به وهو تصحيح العقد على تقدير التجميل فيكون مرادنا نظرا الى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بوجود بخلاف مانحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال وعمما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجرة المثل ففسد اختلاف الرواية عن أبي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه أنه في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري رحمه الله هي الصحيحة

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التجميل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف مانحن فيه فان نقصان الاجر دليل) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

(وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فيه الزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى) واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه قال (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حداد فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهم وان سكنت فيه حداد فبدرهمين (٣١٣) ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان جل عليها كرشعير فنصف درهم وان جل عليها كرشعير فنصف درهم

وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فيه الزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حداد فبدرهمين جازواي الامر بنفعه لاسحق الاجر المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالوا لا تجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على أنه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حداد فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على أنه ان جل عليها كرشعير فنصف درهم وان جل عليها كرشعير فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشئيين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخطأ الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعند ترفع الجهالة أمان في هذه المسائل يجب الاجر بالتخمين والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولا يبي حنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فيصيح كافي مسئله الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكاته الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها والاجارة تعقد لا انتفاع وعند ترفع الجهالة عامة المعبرات ولم أجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المزبورة عند أبي حنيفة بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة فان الامام الزاهدي قال في شرحه لمختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثناء بيان دليل زفر في المسئلة التي نحن بصدد حلها توضيحاً لقوله ان ذكر اليوم لتعجيل لا للتوقيف ولهذا الوأفرد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيف حتى لو خاطه في الغد اسحق الاجر فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور في دليل زفر انما ينتض حجة على الامامين فانهم ما يقولان بالتعجيل حالة الافراد لا على أبي حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول فيه نظراً قد تقر في أول باب الاجارة الفاسدة أن التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلاً بل يجب أجر المثل وان نقص عن المسمى فيامعنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وههنا لا تخالف ما تقر (قوله أمان في هذه المسائل يجب الاجر بالتخمين والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما) قال صاحب التسهيل يرد على أصلهما مسئله التخيير بين مسافتين

عليها كرشعير فنصف درهم
فذلك كله جائز عند أبي حنيفة
خلافهما وان استأجرها الى
الحيرة بدرهم فان جاز بها الى
القادسية فبدرهمين فهو
جائز ويحتمل الخلاف وانما قال
ذلك لان هذه المسئلة ذكرت
في الجامع الصغير مطلقاً
فيحتمل أن يكون هذا قول
الكل ويحتمل أن يكون قول
أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها
وجه قولهما أن المعقود عليه
احد الشئيين وكذلك الاجر
احد الشئيين وهو مجهول
والجهالة الواحدة توجب
الفساد فكيف الجهالتان فان
قيل مسئله الخطأ الرومية
والفارسية فيها جهالة المعقود
عليه فكانت صحيحة أجاب
بقوله بخلاف الخطأ الرومية
والفارسية لان الاجر منه يجب
بالعمل وعند ترفع الجهالة أمان
في هذه المسائل فالاجر يجب
بالتخمين في الدار والدكان
والتسليم في العبد فتبقى الجهالة
وهذا الحرف أي قوله يجب
الاجر بالتخمين والتسليم فتبقى
الجهالة هو الاصل عندهما

ولا يبي حنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فيصيح كافي مسئله الرومية والفارسية وهذا أي كونهما مختلفين
لان سكناه بنفسه يخالف اسكاته الحداد ألا ترى أنه أي اسكاته الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في أخواتها (قوله والاجارة جواب)
عن قوله يجب الاجر بالتخمين الخ وتقريره أن الاجارة (تعقد لا انتفاع وعند ترفع الجهالة) أمان ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به
(قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجر المثل بالغام بالغ
للفرق الظاهري بين الجهالتين فان ههنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول فيه شيء وكان
الظاهر أن يقال والتسليم في الدابة

ولو احتج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة معه عندهما مع أنه جائز عند اصحابنا وفاقا لا عند زفرانتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل إلا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بأنه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى في مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به) يعني ولو احتج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة الى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين للذين سموا في العقد للتيقن به (أقول) القائل أن يقول لو جاز الاخذ بأقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البديل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم ويجب أقل الاجرين للذين سماهما ولم يقل بهما أحد فتأمل في الدفع والله الموفق

باب اجارة العبد

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرف شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد اذا العبد منخط الدرجة عن الحرف فأنخط ذكره عن ذكر الحرف لذلك انتهى واقتنى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخذ ذكرها لان الجنس مقسم على النوع وقال هذا ما لاح لي من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منخط الدرجة عن الحرف فأنخط ذكره عن ذكر الحرف لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحيوانات والحمام والدواب وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق لخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منخط الدرجة عن الحرف لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الاجارة لا اصاله ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الاتنيع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظرا لان مجرد كون الجنس مقسما على النوع لا يقتضى تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لا عامة للجنس ألا يرى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضى هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة للجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد

(ولو احتج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن به)

باب اجارة العبد

تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بالخطاط درجته

باب اجارة العبد

(قوله تأخير ذكر اجارة العبد) أقول أي نفسه واجارة الغسيراياه ذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكرا ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخارج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

(ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السـ فر تشمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافع كالمولى وللمولى أن يسافر بعبده فكذلك المستأجر واجب بأن المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك (٣١٤) ونوقض عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن

يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

بعض الفضل المدفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أى نفسه وقال واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكرا ما يذ كر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلأن الاجارة في اللغة اسم للجرة وهى كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع محي هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثى الاجر ومن المزيده عليه الايجار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بأن الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلأن المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياه فعمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا مما لا تقبله فطرة سليمة * ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولا يمكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذا لاشك ان في كل من تلك الصور تين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذى اختاره وبالرفق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لان انحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه أخر الاحكام التى تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لان انحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا فى الصور تين معاشاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا المبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ اذ مداره على أن لا يجرى الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادى عليه تعليقه ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شئ تأمل ترشد (قوله) ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملك منافع ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبته أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بأن المستأجر) أقول معارضته (قوله وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر) أقول في الفصل الحادى عشر من المحيط البرهانى واذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجارات الاصل وذكرفي صلح الاصل ان من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة ان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الأئمة الحائلى فى شرح كتاب الصلح لم يرد به قوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله فى القرى وأقنية البلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استأجر

عبد الخدمه فليس له أن يسافر به انه يخرج الى أهله وأقنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسى يفرق بين لان مسئلة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وحكى عن الفقيه أبى اصبغ الحافظ أنه كان يقول لاروايه عن محمد في فصل الاجارة فلما قل أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح ولما قل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية فى الاجارة فى اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع فى مسئلة الصلح فتأمل

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقر ربحه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر مالم يلتزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه فالمدعي بالاجرة الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعال احتاج الى أن يضم الى عتقه وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال لانسلم أن المستأجر في منافع العبد كالولي فان المولى له المنفعة على (٣١٥) الاطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً وليس

المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان فيجوز أن يتقيد بمالم يتقيد به المولى والعرف يوجب أودفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا يوجب (ولهذا جعل السفر عذراً) يعني اذا استأجر غلاماً لخدمته في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذراً تفصح به الاجارة (قوله فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق (ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهراً) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فاذا تعينت الخدمة في الخضر عرفاً لا يبقى غيرها داخل كافي الركوب) فانه اذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك هنا

ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الخضر لا يبقى غيره داخل كافي الركوب

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر ربحه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر مالم يلتزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه فالمدعي بالاجرة الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) لقائل أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على المؤجر بالزامه اياه مالم يلتزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالالتزام المستأجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقاً مالم يشترط ذلك فنامل وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعال احتاج الى أن يضم الى عتقه وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب أن يقال لانسلم ان المستأجر في منافع العبد كالولي فان المولى له المنفعة على الاطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان فيجوز أن يتقيد بمالم يتقيد به المولى والعرف يوجب أودفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجب انتهى كلامه (أقول) فيما استصوبه نظراً لانه ينتقض بمسألة الصلح اذا شئت ان المصالح أيضاً لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالولي بل هو أيضاً يملكها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الخضر لا يبقى غيره داخل كافي الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد رأساً بناء على انصرف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الخضر ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي السفر والخضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الخضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد فبعد تعيينها لا يبقى المحال للآخرى كافي الركوب فانه اذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبته أولاً لتعينه للركوب فكذلك هنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسألة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما يربو بذلك على الآجر فيتعين موضع العقد مكاناً لا يستيفه بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة

(قوله لان المنفعة في النقل

كانت له) أقول يعني كانت للاجير (قوله وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها لما أنه ليس عقد أبراسه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعي عليه والافا الفرق والجواب أن الفرق واضح فان المدعي عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شئ والتفصيل في النهاية (قوله ويلزمه) أقول أي يلزم الايجر (قوله وليس المستأجر كذلك) أقول والمصالح أيضاً ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً

(ومن استأجر عبداً المحجوراً عليه شهراً) فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحقاقاً وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترد منه) قال (ومن غصب عبداً فاجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبداً فاجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجراً كله لم يضمن عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد عرفت (٢١٦) على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمحجور مأذون في المنافع ولا يبي حنيفة

أن الضمان إنما يجب
بإتلاف مال محرزان التقوم
بالأحرار وهذا المال غير
محرز في حق الغاصب إذ
العبد لا يحرز نفسه عنه
فكيف يحرز ما في يده
وهذا لأن الأحرار إنما يكون
بد المال أو يد نائبه ويد
الغاصب ليست بهما ويد
العبد كذلك لأنه في يد
الغاصب فإن قيل الغاصب
إذا استهلك ولد المصوبة
ضمنه ولا أحرار فيه أجيب
بأنه تابع للام لكونه جزءاً
منها وهي محرزة بخلاف
الأحرار فإنه حصل من
المنافع وهي غير محرزة (وان
وجد المولى الأحرار قائماً
بعينه أخذه لأنه وجد عين
ماله ويجوز قبض العبد
الأحرار في قولهم جميعاً لأنه
أذن له في التصرف على
اعتبار الفراغ على ما مر) من
قوله والمنافع مأذون فيه
كقبول الهبة وإذا كان
مأذوناً له وهو العاقد رجع
الحقوق إليه فكان له القبض

(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه إلا جراً) وأصله أن الأجرة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لأحد أن يأخذ من المولى وقيام المحرقة فصار كما إذا ملك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ من المأذون على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن) لانه كل مال المالك بغير إذنه إذا الأجرة قد صحت على ما مر وله أن الضمان إنما يجب بأثر مال محرزانان التقويم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحزر بنفسه عنه فكيف يحزر ما في يده (وان وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الأجر في قوله جميعاً) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة شهوراً بخمسة فهو جائز والاول منهما بأربعة) لان الشهر المذكور أولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحريماً للجواز أو نظر الى تحريم الحاجة

انتهى (قوله ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهر أو أعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر)
قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهر أو أعطاه الاجر فقد
زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقبى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شيء وهو ان وضع هذه
المسئلة فيما اذا استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم
وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذك الوقت أجيراً خاصاً وقد مر في باب ضمان الاجير ان
الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو
لرعى الغنم فإما في اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذلك المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى
يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه إياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا القيد صراحة
في وضع المسئلة اعتماداً على ظهور كونه مراداً فان قلت من زاد قيداً فعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت
لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير
المشرك مطلقاً وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه
ذكر العمل واردة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر
المذكور أو لا ينصرف الى ما يلي العقد تحرراً بالحوار أو تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت

وقائده تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المصوب هذا نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهر اربعة وشهر اربعة فهو جائز والشهر الاول منهما اربعة لانه المذكور اولاً والمذكور اولاً ينصرف الى ما يلي العقد تحريراً بالجواز) وذلك لانه لما قال شهر اربعة على سبيل التشكيك كان مجهولاً ولا جارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريراً بالجواز كما لو قال استأجرته منك هذا العبد شهر اوسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد (أو نظرا الى تعجز الحاجة)

(قوله أجيب بأنه تابع للام بكونه جزءاً منها وهي محررة) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله الا أن من أن العبد لا يحرر نفسه لان عدم احراره لنفسه لا ينافي كونه محرراً في حق المالك

فإن الإنسان انما يستأجر الشيء لحاجة تدعو الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد - ولما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر آجرت هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم الخ) ظاهر خلاف قوله فيترجح بحكم الحال فانه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناء على (٣١٧) لان المصنف أشار الى دفعه بقوله

وهو يصلح مرجحان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعراض ما يوجب السقوط فعمل الحال مرجح الكلام المؤجر لأموجبالاستحقاق فهي في الحقيقة - دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لأموجبة والله أعلم

(قوله قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر الخ) أقول فيسه بحث فان المصنف انما يستدل بتسكير شهر لا بتسكير شهرين فلامساس لهذا السؤال ظاهرا ويجوز أن يقال قوله شهرا وشهرا تفصيل للشهرين بلفظ التسكير فاتحد اسم هذا الاعتبار لكن لا يخفى عليك انه لو ذكر المستأجر لفظ معرفا كما في الكتاب فجواب الكتاب أيضا ما ذكر (قوله وأجيب

فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو أبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مريض حين أخذه وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحان لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جر بان ماء الطاحونة وانقطاعه

هذا التعليل انما يستقيم اذا انكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة و يحتمل أن يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر آجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المذكورين اللذين دخلا تحت ايجاب المؤجر فينتفي التسكير فصلح التعليل بتجبر الحاجة لاثبات التعيين الى هنا كلامه واقتنى أثره صائب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحريري في أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد ولما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر آجرت هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة انتهى كلامه (أقول) لا الشبهة شيء ولا الجواب أما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم ويتم بتسكير شهر في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تسكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين بصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي أن يتعين الاول منه - ما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تسكير كل واحد منهما وإيهامه فاحتج الى الاستدلال على كون الاول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا وأما الجواب فلانه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر لما صح تسكير عبدا في قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي آجره المؤجر منه على أن كون اللام في قول المستأجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام المؤجر - دما على كلام المستأجر في العقد وليس ذلك بلازم فان أيام المتعاقدين تكلم أولا بصير كلامه ايجابا فاذا قبل الآخر الزم العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة

(٢٨ - تكملة سابع) (بأن المذكور) أقول المجيب هو الامام جليل الدين الضرير في حواشيه على الهداية ثم

قال مولانا ظهير الدين وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابي والاسي جابي والمعينة في الفقه أنه لم يتعرض لقوله هذين بل فيه اذا استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجدهم خلاصا سوى هذا انتهى ويقول الضعيف مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتسكير وانما ذكر المصنف معرفا فانظر الى تعيينه المائل الى حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل

باب الاختلاف في الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قبا وقال الخياط بل قيصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر نصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا أنكر صفة لكن يحلف لانه أنكر شيئا لو أقربه لزمه قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون لعرض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع العمل - قود عليه كالقباء والقيص في الخياطة أو الحجرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفة لكن بعد اليقين لانه أنكر ما لو أقربه لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه

على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئله الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه * ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه بيان عند تنكير شهر في شهر بأربعة وشهر اربعة لما يبيانه في رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتسكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعيينه الما الى حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا اذ لا يذهب عليك أن قوله شهرين بأربعة وشهر اربعة من كلام المستاجر وانما تفصيل للشهرين فلم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المحمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل * ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش في صورة أن كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ماله اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبني الامر على الأكثر اذ لانسلم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستتلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر مسائل الاجير أيضا في هذا الباب والله الموفق للصواب

باب الاختلاف في الاجارة

باب الاختلاف في الاجارة

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول في الشرح الشاهاني أي لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذا اختلف انما يكون بعرض (قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في مسئله ومن دفع الى خياط ثوبا بخيطه قيصا بدرهم فخاطه قبا كذا في الشروح واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القيص والاجر خاف فخاط قبا وههنا قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحدد الجواب وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الاخر اعتبارا فكانت في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا بالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلا يلزمها اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقرا عندهما فيجب الضمان قطعاً وأما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما هو قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا بخطه قيمته مائة درهم فخطه قباء واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بأنها مثلها انتفاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد عين صاحب الثوب ولما خلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الا اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء ذكر في بعض نسخ القدرى يضمنه أى يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتركا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول (٢١٩) لصاحب الثوب عند أبي حنيفة

لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يفا له أى خليطا له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما بأجر بعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما وقال محمدان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبار الظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لانه منكر وما ذكره من الاستحسان مدفوع

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يجزى في مثله الصبغ اذا خلف ان شاء يضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يفا له) أى خليطاه (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما ما بعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمدان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله) لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبار الظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهم ما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

باب فسخ الاجارة

ففي وجوب الضمان على نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم كذلك أى الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه فمعنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فههنا هو لغو هنا (قوله والجواب عن استحسانهم ما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون جهة الدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستحباب فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الأعداء انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر جهة للاستحقاق ممنوع وأما إخبار الأعداء فمبطل عما نحن فيه فانها من الأدلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

باب فسخ الاجارة

بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذا فسخ يعقب العقد لا محالة

(قوله واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان الخ) أقول ولك أن تقول اذا كان الحكم كذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المستثنين ما سيجي في الغصب من رعاية حق الجانبين قال المصنف (وقال محمدان كان الصانع معروفا بالخ) أقول قال الزيلعي والفتوى على قول محمد انتهى وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما في شرح الشاهان والفتوى على قول محمد انتهى ذكره جدي الشيخ الامام المحجوب سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكره من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستحباب فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الأعداء

باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر داراً) ففسخ الاجارة لعيبوب تضرر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجها او كذا بالاعذار عندنا خلافاً للشافعي فاذا استأجر داراً (فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استأجر عبداً للخدمة فذهب كلنا عينيه وأما اذا كان عيباً لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجاً اليه في السكنى أو ذهب احدى عيني العبد فلا فسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئاً ففسخاً وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثاً قبل القبض وذلك يوجب الخيار كافي البيع وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البديل كافي البيع فان المشتري اذا رضى بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لاختيار المستأجر لزوال سببه (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض (٢٢٠) أصحابنا وصح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت

الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فيه إشارة الى أن عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الاجحزة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ (و) صح النقل بما روى هشام (عن محمد بن استأجر داراً فانهدم فبناه المؤجر ليس للمستأجر أن يمنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ ولكنه يفسخ)

قال (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئاً ففسخاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كافي البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البديل كافي البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبهه الا باق في البيع قبل القبض وعن محمد أن الاجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ ولكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

ذكر باب الفسخ آخر الان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فماسب ذكره آخر (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينقصد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قد مر في أول باب الاجر متى يستحق أن الاجرة تملك بأحد معان ثلاثة اما بشرط التجهيل أو بالتجهيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الاولين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بتجهيل الاجرة أو بشرط تجهيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق

واستدل على ذلك بأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبهه باق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه) أورده استشهاده على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينقصد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال المورث الى الوارث

(قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله به زائد لا طائل تحته بل محل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمسحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبني على الفرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقيائه مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد ووارث المستأجر

وأما إذا عقد هالغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشيرنا إليه) وهو - ضرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لايجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فبات صاحب الدابة في وسط الطريق فان المستأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر ففقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأجيب بأن ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لايجوز دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمه قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجدته دابة أخرى يحمل عليه امتاعه (٢٣١) تنتقض الاجارة وكذا الوصية في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه

قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي بالبقاء وهو موت المؤجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتهجير الحيض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلمات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير من عقده مستحقة بالعقد موجود فيه فالنفسخ لاجله قال (وبصح شرط الخيار في الاجارة) اذا استأجر دارا سنة على انه أو المؤجر

(وان عقد هالغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشيرنا إليه من المعنى قال (وبصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الاجرة والانه في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لغوات المعقود عليه لان رقبته الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تهدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العدة في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوارثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعدهم لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول أصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكاله وعدم امكان تسليمه أيضا على الكمال انما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمعنى مدة الخيار كإتلافه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين من المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو

فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قول الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لغوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالأعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا (ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة) فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروى لا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيها لا يصح

وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض العقود عليه (وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد في البيع منع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الواسع (ولهذا) أي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة (يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لان التسليم بكامله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استأجر دار سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تجا كالميسر للمستأجر أن يمنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه (٢٢٢) عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي

بين ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لاستشهادنا حيث لم يكن الخلف قائما لا به قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا) لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو من استأجر حدا لا يقطع ضرره لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طبيا خالط طبيخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر كذا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من أجرد كانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بئس ما أجبر ففسخ القاضي العقد وباعها في الديون) لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الخس لان قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى أنه يقتصر الى قضاء القاضي في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

يركها مسافة سماها وانما يمتشي ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادتها ادعاء الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليأمل (قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العر القول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل بعجزنا الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظرا فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو كثر من يقطع ضرره فبرأ وانقلع قبل قلعه أو كثرى كما لا يكمل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه الى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لا يصح القول بذلك فان القياس أحد الأدلة الشرعية الاربعة على ما تقر في علم الاصول فيكفي تحقق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل

الاجارة والبيع جميعا وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق ضرر به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقطع ضرره لوجع ثم زال الوجع أو استأجر انسانا ليقطع وليمة العرس فماتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع يده لا كلمة وقعت بها ثم برأت فانه لا يجبر المستأجر على قطع الضرر واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكيم قال (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (فسخ القاضي اشارة الى الاقتدار اليه في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها دون اقامة الدار مقامها مثلا

قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي (وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي) وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات (وصحح قاضيان والمحبوبي قول من وقف فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهرا) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لان يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها (قوله ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) (٣٣٣) هـ ولفظ أصل الجامع الصغير لكن هل له أن يبيع بعدما أجر

هل له أن يبيع بعدما أجر
اختلفت ألفاظ الروايات
وقال شمس الائمة الصحيح
من الرواية ان البيع
موقوف على سقوط حق
المستأجر وليس للمستأجر
أن يفسخ البيع واليه مال
الصدر الشهيد وقوله
(أما الذي يخيط بأجر ف رأس
ماله الخيط والخيط
والمقراض فلا يتحقق فيه
الافلاس) قيل وقد يتحقق
افلاسه بأن تظهر خيانتة
عنه الناس فيمتنعون
عن تسليم الثياب اليه أو
يلحقه ديون كثيرة
ويصير بحيث ان الناس
لا يأتمنونه على أمتعتهم
(قوله ومن استأجر غلاما
يخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر) قيل فان قال
المؤجر انه لا يريد السفر
ولكنه يريد فسخ الاجارة
وأصر المستأجر على دعوى
السفر فالقاضي يسأله عن
يسافر معه فان قال فلان
وفلان قال القاضي يسألهم
ان فلانا هل يخرج معكم

وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهرا كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للرجح فذهب وقته أو لطلب غيره فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤجر ففقد فكذا الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرره فبدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب عقد وانما يفوت الاسترباح وانه أمر زائد (واذا استأجر الخياط غلاما فليس وتركه العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخيط بأجر ف رأس ماله الخيط والخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل في الصراف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يبعث الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصراف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دابة كان للخياطة فأراد أن يتركها ويستغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالضرر بخلاف ما اذا أجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من العقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الأجير بدون السكنى وذلك نمر

ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو ردد نص يدل على خلاف ذلك أو انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهم ما قبحنا فيه وكون عقد الاجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبه به في ترويح نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك أيضا هو القياس

أولا فان قالوا نعم ثبت العذر والافلا وقيل ينظر القاضي الزية وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والافلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك عذمت على السفر

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول من أن خلاف الشافعي متأخر فكيف ينفي أئمتنا ما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه جل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتقائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله الخ) أقول فاعل بدا مضمرا والمعنى بدله رأى أى ظهر له رأى بمنعه من السفر

مسائل منثورة

معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع أي جذه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بهما ما يبقى من أصول القصب المحصود في الأرض ومعناه ظاهر وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة قال في النهاية بالنون من هـ دن أي سكن وفي نسخة هادئة من هـ دن أي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطربة اختيار شمس الأئمة السرخسي (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في د كانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس (٢٢٤) ويعمل الحاذق وجعل ما يحصل من الأجرة بينهم ما نصفين جازا استحسانا وفي القياس

مسائل منثورة

قال (ومن استأجر أرضا واستعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعدي في هذا السبب فأشبهه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة تضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

مسائل منثورة

أي مسائل نثرت عن أما كنهها وكرت ههنا تلافيا لمافات (قوله وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة إذا كان الخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق فيقع في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصاب من شيء فهو بينهم ما نصفان وهذا في القياس فاسد لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لأن هذه شركة المتقبل في العمل بأبدانهم ما سواه فيصير رأس مال أحدهما المتقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما ما يجب به الأجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان أن هذه ليست بأجرة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة المتقبل لأن شركة المتقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها أه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة المتقبل ولعل مراده كونه من متناولاتها في العبارة مسامحة أه (أقول) منشأوهم جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وجعل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولى القبول في شركة المتقبل وليس شيء من ذلك مجرد ادب الواو فيه للحال

لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول وإن تقبل العمل العامل كان مستأجر الموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي رجه الله مال إلى وجهه القياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان وجه الاستحسان أن هذه ليست بأجرة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة المتقبل لأن شركة المتقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رأه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل

شركة المتقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وهما ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر أوجب بأن والمعنى الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في المتقبل فنبت فيه اقتضاء أن ليس في كلامهما الاتخصيص أحدهما بالقبول والآخر بالعمل ذكرنا وتخصيص الشيء بالذکر لا يدل على نفي ما عداه فأمكننا اثبات الشركة في المتقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في القبول صريحا ولو صرحا بشركة المتقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا هو المذکور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فإنه قال

مسائل منثورة

(قوله فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول) أقول وأيضاه من قبيل قفيز الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة المتقبل ولعل مراده كونه من متناولاتها في العبارة مسامحة (قوله أوجب بأن الشركة في الخارج) أقول يعني الخارج من العمل

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمذاقته (٢٢٥) يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم

واذا كانت شركة لا اجارة لم
تضره الجهالة فيما يحصل
كفاي الشركة وقوله (ومن
استاجر جلا يحمل عليه
محلا) ظاهر والوطاء الفراض
والدثر جمع دثار وهو ما يلقي
عليك من كساء أو غيره (قوله
ورد الزاد معتاد) جواب عما
يقال مطلق العقد ينصرف
الى المتعارف ومن عادة
المسافرين انهم يأكلون
من الزاد ولا يردون شيئا مكانه
ووجهه ان العرف مشترك
فانه معتاد عند البعض كرد
الماء والعرف المشترك
لا يصلح مقيدا فلا مانع من
العمل بالاطلاق وهو أنهما
أطلقا العقد على كل قدر
معلوم في مسافة معلومة
ولم يقيد بعدم رد ما نقص
من المجهول فوجب جواز
رد قدر ما نقص عما
بالاطلاق وهو عدم المانع
والله أعلم

كتاب المكاتب

قال المصنف (لان هذه
شركة الوجوه في الحقيقة
الخ) أقول قال صدر
الشريعة في شرح الوقاية
في الهداية جله على
شركة الوجوه وفيه نظر
لانه شركة التقبل
والصنائع فكان صاحب
الهداية أطلق شركة
الوجوه عليها لان أحدهما

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا
تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استاجر جلا يحمل عليه محلا) وكذا اذالم بالوطاء والدثر قال (وان شاهد الجمل فهو أجود)
المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان
أن المقصود هو الرأب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف
فلا يفضي ذلك الى المنازعة وكذا اذالم بالوطاء والدثر قال (وان شاهد الجمل فهو أجود)
لانه أتى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استاجر بعير يحمل عليه مقدار من الزاد فما كل
منه في الطريق جازله أن يرد عوض ما كل) لانه استحق عليه جلا سمى في جميع الطريق فله أن
يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكبل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من
العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

والعق ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس
فيفهم منه بطريق الأولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول
صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكفاي لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما
وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس بجاهه والاخر يتولى العمل لمذاقته اه فلا محذور في عبارة
صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سببه اليه
صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما
يتولى القبول من الناس بجاهه والاخر يتولى العمل لمذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته
انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمذاقته يعمل فينتظم
بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية
هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير
شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف
يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى هنا كلامه (أقول) ليس
مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار
في كتاب الشركة بل مراده بما ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل
وهذا بمذاقته يعمل فينتظم الاشكال ولا يمنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه
في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية في الهداية جله على شركة الوجوه وفيه
نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل
العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء به نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان
في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن
كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة
لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاهدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف
الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا
في شيء تأمل تفق

كتاب المكاتب

يتقبل العمل بوجاهته انتهى ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا

(٢٩ - تكمله سابع)

كتاب المكاتب

قال في النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصلالة ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني أن قوله بمقابلته ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصلالة خرج به النكاح والطلاق والعناق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصلالة وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقب كتاب العناق كان أنسب ولهذا ذكره المحاكم الشهيد في الكافي عقب كتاب العناق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الاجارة اشبهها بالبيع من حيث التملك والشرائط فكان أنسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبد بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية وأما الاعتناق على مال فانه وان كان عقدا احتياجه الى ايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون العتق على مال وسيبها ما من غير ضرورة من تعلق البقاء المقذور بشرطها (٢٣٦) قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها من جانب العبد

انفكك الحجر في المال وثبت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبت الحرية اذا أدى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البديل في الحال ان كانت حالة والمالك في البديل اذا قبضه وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبدك كاتبك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوم ما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنزح وان عجزت فأنت رقيق كان كتابة قال

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصلالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق اه (أقول) ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق مستدرك بل محتمل لانه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز به هذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فمعنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرهما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينقض حينئذ ما ذكره في وجهه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غيره فليس فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداها فلامعنى تخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل منها فيما ذكره سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره

(واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض لذلك بقوله

قال الدميري في شرح المنهاج الكتابة تعليق بصيغة تضمنت معارضة مخمة ولفظها اسلامي لا يعرف في الجاهلية قبل وأول من كتب عبد لعمري رضي الله عنه يقال له أبو أمية (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره المحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول عبارة الاتقاني ولهذا ذكر المحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقب كتاب العناق ولان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى وبهذا يظهر لك تصرف الشارح في عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكره الولاء لبيان مناسبة العناق لا لبيان مناسبة المكاتب للعناق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد ان يخرجها من كونه جزءا كالمكاتب لا يرى أنه اخراج البذلحالا والرقبة ما لا وان أراد أنها ليست بلا عوض فسلم ولا غمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انقضاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعناق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل

صاحب النهاية ههنا ليس بتحقيق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصلالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني ان قوله بمقابلته ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصلالة خرج به النكاح والطلاق والعناق على ما ل فان ذكر العوض فيه ليس بطريق الاصلالة الى هذا لفظ العناية (أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلا ان الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمها في النقل الى البيع والطلاق والعناق وأما في بيانه فلا انه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأما لفظها في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلته ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلته ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصلالة ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعناق مطلقين في المنقول وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعله ما خارجين بقوله بطريق الاصلالة ولم يذكر خروج الطلاق والعناق بغير مال بشئ من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلته ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب وأهذاذ كراهناكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العناق لان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيده حيث قال وذكروا في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب وأهذاذ كراهناكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعة غيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هذا لفظ العناية (أقول) في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب العناية لان الكتابة ما لها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة ما لها الولاء وبينهم ما يوجب ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة ما لها العتق بيان المناسبة بين العتق والكتابة وبقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتق والولاء أيضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها لا اخراج فيه فهو كالكابرة ألا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة ما لا وان أراد به أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تنس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محمل تأمل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شق تردده أما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلا انه

وهذا ليس أمر إيجاب بأجاء بين الفقهاء

لا شك في أن ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلا أن الكلام في الانسية لا في مجرد المناسبة فلا غشية لقوله ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه ثم انما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما بينا عليه من قبل لم يقد قول ذلك القائل مع ان اعتبارا انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبارا انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيم ما بشرط العوض أيضا اذ قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء أهم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير الاعتبار في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبارا انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبارا عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها وانما هو ما لها الحاصل عند أداء كل البذل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الحثيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحثيات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجهها لتقديمها على الكتابة وهل تقبل الفطرة السليمة والحق عندي أن وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات ما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يقوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اه (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقدين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجي على أداء العبد ما لا معلوما لمقابلته عتق يحصل له عند أدائه اه حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد ما لا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقدين المولى والعبد بيان للعقود عليه والمعقود به فيحصل بالجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بأن يقال الكتابة التحرير يدا في الحال ورقبة عند أداء المال وما ذكر في الوفاة وغيرها ان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة ما لا فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب بأجاء بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود والاصفهانى ومن تابعه ان هذا أمر إيجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه

وهذا ليس أمر إيجاب بأجاء الفقهاء وأشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه لان الامر للوجوب

وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الجمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما التندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لوفعه وأما اشتراط قبول العبد فلا لأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل البدل

اه (أقول) بقي اشكال وهو ان صاحب الكشف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للنسب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكتب وعن عمر رضى الله عنه هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الامر ليس بالإيجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضى الله عنه من أجله الصحابة المعروفين بالفتوة والرواية وابن سيرين رجه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قال الواجاس الحسن أو ابن سيرين فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للإيجاب اللهم إلا أن يقال ان ما ذكر في الكشف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لانه مذهبهم ما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقرر بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجماع الفقهاء يحتز عن قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقرير من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا تجب الكتابة إذا سأل العبد اذا كان ذا أمانة وذا كسب اذا الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه (أقول) فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء الفقهاء سيما الشافعي وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالإيجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الامر فأني يصح الاحتراز به عنه اللهم إلا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتأمل (قوله وانما هو امر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للإباحة لا للنسب كما في قوله تعالى واذا حلتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكتب عبده اذ علم فيه خيرا كذا في الشروح (أقول) به هذا وما مر أنفاس من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهد في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال وانه للنسب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منهم ما ان كون الامر للنسب في فكاتبوهم ليس بموافق عليه اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للنسب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله وفي الجمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه) تقريره ان في الجمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزعه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه (أقول) هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لان ليس في ذكره فائدة أصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الجمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لوفعه) أقول لقائل أن يقول فعلى هذا لا يكون في الجمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكررها لا مباحا اذ قد تقررت في علم الأصول ان المباح ما استوى طرفاه له وتركه وان المكر وما كان طرف تركه أولى واذا كان الأفضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن

للإباحة كقوله تعالى واذا حلتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكتب عبده اذ علم فيه خيرا وقال في الجمل على الاباحة الغاء الشرط بيان لكونه للنسب وتقريره أن في الجمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزعه عن ذلك وفي الجمل على التندب اعماله لان التندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وان فعل صح فيجب حمله على التندب وأما اشتراط القبول من العبد فلا لانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق إلا بأداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء

(قوله وتقريره أن في الجمل على الاباحة الغاء الشرط) أقول فيه أن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على وفاق العادة (قوله وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ) أقول فيه بحث فانه على هذا التقرير لا يلزم الغاء الشرط لوجمل على الاباحة

فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوبا لمباحا كما لا يخفى

لقوله صلى الله عليه وسلم أبيع عبدك أو ثوب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أى في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضى الله عنهم فعند على رضى الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضى الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة (٢٣٠) من مولاة يعنى بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضى الله

عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر وقال الشافعى رضى الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على انك اذا أدته الى فأنت حر لان الكتابة ضم نجسم الى نجم فلونص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد ثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية السيد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند أداء البسذل فيثبت وان لم يصرح به كافي البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه

لقوله عليه الصلاة والسلام أبيع عبدك أو ثوب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كافي البيع

لا يكتبه كان جانب التركة أولى فيصير عقد الكتابة انذاك مكرها لا باسما حافيا في قوله فيما قبل وفي الجمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أبيع عبدك أو ثوب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأى يدل على زيادة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعى أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كى لا يأكلها الزكاة في إيجاب الزكاة في مال الصبي بأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث قلت جازاته ما بلغ اليهم انتهى كلامه (أقول) في الجواب بحث لانه مشترك في الإلزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جازان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة وتكلمهم فيها بالرأى على زيادة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والظاهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأى ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكاتب ميرا ثا ورث بحساب ما عتق منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيادة الحديث انما هو اختلافهم بالرأى لان استعمال الرأى في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الأصول (قوله ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كافي البيع) وعند الشافعى لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على انك ان أدته الى فأنت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها بمرأى عاضم حرية البدن الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال أوجبت حرية البدن في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولونص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها بضم نجم الى نجم ولونص عليه بأن قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية منقولاً فيها عن المبسوط لا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافى كونه تفسيراً للكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزير كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قوله -م راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة السجدة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك أى أمر ربك وقوله تعالى

(قوله وعند ابن عباس رضى الله عنهما ما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تأمل (قوله ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح به الخ) أقول قال في الحواشى الجلالية نقلا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا الى تفسير

الكتابة فعندنا تفسيرها بمرأى عاضم حرية البدن الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال أوجبت حرية البدن في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا لكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها بمرأى عاضم نجم الى نجم لاصم حرية الى حرية انتهى لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

ولا يجب حظ شئ من البذل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حظ ربع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفيفة جدا لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به لا يتأوهوا ولا يعطوا ولا يحط لا يسمي إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فله على حظ ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكانت بهم لا يقال في النظم لا يوجب القرآن في الحكم لأنهم لا يبيعونهم فكذا على البذل والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجم عندنا (وقال الشافعي لا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يدمولاه (٣٣١) مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا للملك

المال والعاجز عن التسليم لا بدله من أجل يقدر به على تسليم البذل فإن قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضى بأخس البديلين فلا بدله من أجل أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك

قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليه ما ثبتت) ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون بإعائته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستئجار واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت (ولنا قوله تعالى فكانت بهم من غير شرط التحجيم ولأنه

ولا يجب حظ شئ من البذل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله الرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التحجيم ولأنه عقد معاوضة والبذل معقوده فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فله المولى ناطرها بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد إلى الرق

واسئل القرية أي أهل القرية إلى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حظ شئ من البذل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حظ ربع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك ممنوعة لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به لا يتأوهوا ولا يعطوا ولا يحط لا يسمي إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فله على حظ ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكانت بهم لا يقال في النظم لا يوجب القرآن في الحكم لأنهم لا يبيعونهم فكذا على البذل والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجم عندنا (وقال الشافعي لا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يدمولاه (٣٣١) مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا للملك

عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فأشبهه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البذل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبهه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرنا في التقرير مستوفي ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذا العبد وما يملك مولاه فأنطأه من مولاه أن يمهله فإن لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضي أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الامهال فيه ظاهرا

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفيفة جدا) أقول الانسب لسياق كلامه أن يقول لا دلالة في الآية على ذلك (قوله وقوله فكانت بهم قرينة لذلك) أقول فيه تأمل فإن كونه قرينة مانعة للحمل على الوجوب غير مسلم

و يجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقيق الركن منه وهو (الايجاب والقبول اذا العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) ولا يجوز بالنسبة الى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة) فانه لا يجوز له لانه ليس من أهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من أهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه ينحصر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الاذن (بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع) (قوله ومن قال لعبدك عليك ألفا تؤديها الى نجومها أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أدبت فأنت حر) لبيان ما فيه - فائدة الكتابة بلفظها (٣٣٣) فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها

الى نجومها يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تتعين جهة الكتابة ما لم يقبل فاذا أدبت فأنت حر وأما قوله وان عجزت فأنت رقيق ليس بسلام ولا نكاح كره ثلث العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال اذا أدبت الى ألفاء كل شهر مائة فأنت حر اختلفت الرواية في رواية أبي سليمان هو مكتوبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده مدينا الا في الكتابة وفي نسخة أبي حفص قبل أي في روايته لانه لا يكون مكتوبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا أدبت الى ألفا في

قال (ويجوز كتابة العبد اله غير اذا كان يعقل البيع والشراء والبيع) لتحقيق الايجاب والقبول اذا العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبدك عليك ألفا تؤديها الى نجومها أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أدبت فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق فان هذه مكتوبة) لانه أنى بتفسير الكتابة ولو قال اذا أدبت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكتوبة في رواية أبي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخة أبي حفص لا تكون مكتوبة اعتبارا بالاعتلاق بالأداء مرة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

باعتائه والطرف متسعة استدان واستقرض واستعاب واستعان بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فنثبت انتهى واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال ليس بوارد لانه ان أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعا اذا لا أهلية فيه للملك قبل العقد قط فاني ثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان أريد به أن احتمال القدرة عقب العقد أثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاق قبل العقد في السلم لكون العاق فيه أهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاق فيه ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البذل قبل العقد وهذا أمر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموا لا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالك الشيء من الثمن وبذل الكتابة معقوده فلا يلزم أن يكون العبد مال كاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبذل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر

هذا الشهر فأنت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلوا الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيره فلا يكون كتابة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) واذا صحت الكتابة بخلافها على المفسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقيق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه (قوله) لبيان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبدك الخ (قوله لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك الى التيسير (قوله والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتنجيم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تأمل

(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة في الحال (إلى مالكية نفسه) التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه واحد وهو المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبته لزمه العقر فيتحقق الضم (أول تحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البديل فيملاك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاء المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو اداء البديل قد لا يتحقق الا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناء على المساواة وينعدم ذلك) أي المساواة باعتبار التساوي (ان تخرج العتق ويتحقق ان تأخر لانه ثبت بمالك المكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البديل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا لا تصحبه (٣٣٣) الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما

قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فانت المساواة لا يقال المساواة فائنة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأن المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطالانه بعوده رقيقا (فان تخرج المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لانه مالك لرقبته) فيجوز له اتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابل مجانا (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البديل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول إلى البديل من جانبه

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أول تحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البديل فيملاك البيع والشراء والخروج إلى السفر وان نهى المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روي بناولانه عقد معاوضة ومبناء على المساواة وينعدم ذلك بتجيز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البديل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أنلف مالها غرم) لان المولى كالأجنبي في حق كسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لآتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله أعلم بالصواب

(قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء وقال فان قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه واحد وهو المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكاتبته لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب يناقض قوله فيما قبل إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم إليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم إليه حاصل عند الاداء لافي الحال والا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضاً كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تباهى ما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين

(٣٠ - تكمله سابع) (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان) قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تبغوا بأموالكم وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لا خذا المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بإللاج واحد (وان جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لانها صارت أخص بأجزائها

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الاداء ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لما لزمه مالكية النفس (قوله وينعدم ذلك أي المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكاتب بعض البديل ملكه المولى ولا يحصل بمقابله شيء للمكاتب فينتفي التساوي قلنا بل يحصل له تأ كد مالكية ولهذا لا يبقى محلا للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر انتهى وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يسهله ما يخالفه

فصل في الكتابة الفاسدة ﴿ وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد عقد الكتابة به اذ كرم بعضها أصالة وبعضها استشهادا وإذا كاتب المسلم عبده (على خرا أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فإن الكتابة فاسدة) أما الخمر والخنزير فلا تنهم ما ليس بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقد ابلا بدل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلا تنهم مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والميتة فلماذا كرمنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره وإذا عرف ذلك (فإن أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أدبت إلى فانت حرا أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق) (٣٣٤) (الاباء قيمة نفسه لان البذل) في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كافي البيع الفاسد ووقع في

بعض نسخ الهداية الا بأداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لانه البذل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص أبو يوسف وان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أدبتا فانت حرا لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط يتعلق

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ قال (واذا كاتب المسلم عبده على خرا أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرها وجنسها ووصفها فتفاحت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البذل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البذل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أدبتا فانت حرا لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

وجود مال كية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسد بدلا ولو كفى بتحقيق الضم حين مال كية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مال كية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مال كية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لا تخطا رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مسئلتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لا لتحادهما في جهة الفساد وهى عدم تحقق المالية في شئ من الخمر والخنزير في حق المسلم فكان ما صارا مسألة واحدة والافهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ الى هذه النكتة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلان القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسألة ثالثة بلا ريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البذل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر

الرواية به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فانه لا يعتق بتسليم عينه الا اذا قال ان أدبت الى فانت حرا (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (ان الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البذل المشروط بخلاف الميتة فانم ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ (قوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول وتطهيره ما سيجي عرواية عن أبي يوسف فيما اذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أولم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كافي النكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويحكم به لادائها عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به أي ويحكم أبو يوسف به أي بالعتق

واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه ان يسمى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذا تلف المبيع و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى مريض بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان عدم الاخراج يبق ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل حقه في العتق أصلا) فانه ان لم يرض بها يمنع المولى عن العقد فيفوت به ادراكه شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر (٢٣٥) فكيف يتصور بطلان حقه في العتق

أصلا لعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه

قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال صدر الشريعة هذه مسألة مبتدأة لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عمن المسمى وان كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة في المبسوط فيما اذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبدا قال الكتابة فاسدة فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الألف لا ينقص وان كانت زائدة زيدت عليه انتهى ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير بخلاف لما في

(واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كافي البيع الفاسد وهذا لان المولى مريض بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت

الرواية عند علماءنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وان لا يذكركم بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحيح ان كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشرح ما جعلوا الألف واللام في القيمة لا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العيني ليس بشيء أما أولا فلا ن ظاهر الرواية انما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه والمروى عن أبي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذا لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزأين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى فقوله سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانيا فلا ن صاحب غاية البيان من الشرح ما جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وأبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمة ما بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا أدى أيهما كان انتهى وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقوله العيني والشرح ما جعلوا الألف واللام في القيمة لا بدلا عن نفسه ان أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والافليس بعقيد (قوله وهذا لان المولى مريض بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى مريض بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان عدم الاخراج

شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لان المولى مريض بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه إشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تقرير على قوله والعبد رضى الخ (قوله لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول في دلالة على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان ان أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاة عام وان أراد عن القيمة أو الأعم فممنوع ولا دلالة عليه في قوله لان عدم الاخراج الخ (قوله فانه ان لم يرض بها يمنع المولى عن العقد فيفوت به ادراكه شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى اذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلم يرض بالزيادة أي بما هو هو والعقد الفاسد يمنع المولى عنه فيفوت ادراكه شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد

يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فإنه ان لم يرض به امتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للشروح وغير تام في نفسه أما الاول فلا أن الظاهر أن كلمة هذا في قول المصنف وهذا الشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ماضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكلية فينبذ المنتظم الدليل والمدعي بلا كلفة أصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لان المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا والمولى ماضى بالنقصان عنه اهـ وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف لانه اما أن يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ماضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعي وان لا يفيد اذ لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة فيرد عليه أن يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فمعنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور انما اغتر بقرن قول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفرع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثاني أي أنه غير تام في نفسه فلا أن قوله لان المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا فبالجواب رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى ماضى بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل توقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل باعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخرف كيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطر سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق اذا الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به أولاً ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيره فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخروا أنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا يحتمل أن يكون القاضي يرى صحة

(وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لاستحقاق المسمى تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين اما أن يتصادق على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدو هما انصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة في الفساد) أي لافي البطلان كما في البيع فانها بنفسه لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما اعتق بأداء القيمة

بمخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لا اختلاف
أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته

ماروى عن أبي حنيفة أنه إذا كاتبه على الثوب ولم يقل ان أدبته فأنت حر فأدى الثوب لا يعتق فلو قضى
القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اه (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نفي مقتضى هذا
الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه في العتق لانه لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا رضا العبد
بالزيادة والمذكور في الكتاب بخلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانيا فلا نفي
ذلك على تقدير تمامه انما يشى في صورة ان لم يقل المولى للمكاتب على الثوب ان أدبته فأنت حر لاني
صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الثوب في هذه الصورة فلا رأى للقاضي فيها مع أن ما نحن
فيه يم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحب النهاية ومراجع الدرر اية رداعلى المصنف
ههنا حيث قال ان قوله كى لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضى بالزيادة لانه يحتمل أن
يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان
تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعه اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة
انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس
كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا لمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على أن
يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم
رضاهم فانفع له أصلا ثم قالوا والاولى في تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد الكتاب الفاسدة
مع مولاه كان قابلا لقيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتاب الفاسدة وهو أقدم عليه
باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قدر بوعلى المسمى فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة اه (أقول)
وهو أيضا ليس بسديد لان في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب فانما يصدق أن يثبت بدليل أن
موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جهة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة
فلو علمنا هذه المقدمة بما يتنى على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت
لزم المصادرة قطعاً * ثم أقول ببقى شئ في كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ماضى بالنقصان الخ دليل
شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا أن قوله لانه عقد فاسد فيجب
القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركا ههنا لانه صار مستغنى عنه
بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع
الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى
فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد
لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض
والعوض يقتضى أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بوجوده في الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون
المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لا اختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانما
وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه (أقول) فيه كلام أما أولا
فلانه ان أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بوجوده في الخارج فردا مبهما من الثوب فلا نسلم أنه ليس
بوجوده في الخارج اذا لم يسم انما ينافى التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شئ يجوز بوجوده في الخارج
وان لم تتعين خصوصيته عندنا وان أراد بذلك مفهومه الكلى فنسلم أنه ليس بوجوده في الخارج ولكن
لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مرادا الجواز أن يكون المراد هو المسمى فلا بد من بيان
بطلان هذا الاحتمال أيضا وأما ثانيا فلا نفي لما نزع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين

أجاب بقوله (بمخلاف ما إذا
كاتبه على ثوب حيث
لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره
الثوب عوض والعوض
يقتضى أن يكون مرادا
والمطلق منه ليس بوجوده
في الخارج فلا يكون مرادا
فتعين أن يكون المتعين
مرادا والاطلاع على ذلك
متعذر لا اختلاف أجناسه
فلا يعتق بدون ارادته
بمخلاف القيمة فانما وان
كانت مجهولة يمكن استدراك
مراده بتقويم المقومين
فان قلت فان أدى القيمة
فيما اذا كاتبه على ثوب
يعتق أولا قلت ذكر في
الذخيرة أن الاصل عند
علمائنا الثلاثة أن المسمى
متى كان مجهول القدر
والجنس فانه لا يعتق العبد
بأداء القيمة ولا تعقد هذه
الكتابة أصلا على المسمى
ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) اذا كاتب عبده على شيء لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولا كالنقود فان تعين فاما ان يجزأ أولا فان لم يجز فاما ان يملكه المكاتب بسبب وأداه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كالأقوال كاتبتك على هذه الألف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجز ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد فيقال ان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك لرجعت على الزوج بقيمة العبد لا بغير المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كافي البيع فان قيل قد تقدم ان لا بدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبني جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلان تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير البديل حكم المبيع فيستلزم القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع (٢٣٨) ليس بشرط لجواز نكاح الرضعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب

على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الإجازة فان اشترى شيئا بمال الغير فجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراعاة شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كافي البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البديل عينا مينا والمصلحة فيه على ما يشاء وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أولم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كافي النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولولم يملك المكاتب ذلك العين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مراد او بتعذرا لا طلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك ان الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضا لا ترى الى قول المصنف فيما مر وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرها وجنسا ووصفا فتفاحت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اه فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده

بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجاز المالك وبين ما لم يجز (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاتب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاتب وفي بعض النسخ لانها أي المكاتب لكن لا بد من تقدير مضاف (ينبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البديل عينا مينا لغيره والمصلحة فيه) أي فرض المسئلة في ذلك (على ما يشاء) ان مراده شيء يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أولم يجز غير أنه اذا أجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كافي النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجز لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه

(قوله فان تعين فاما ان يجزأ) أقول أي يجوز العقد (قوله وان تعين به ولم يجز ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر ان كلام المصنف مجرى على عمومته ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعتق العقد موقوفا وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للفتنة عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى الارضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة ثم أقول انه مخالف لظاهر الغرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

(فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد) وهو ظاهر الرواية (الا إذا قال له إذا أدبت إلى فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لأن العقد ينقذ مع الفساد كون المسمى ما لا يعتق بأداء المشروط وإن كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك أن كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره ههنا لطوله وذكره (٢٣٩) بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز وجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة أو كتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقه وهي جائزة قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصه العبد فيكون مكاتباً بابقى) لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذلك يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

في صورة الكتابة على القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل (قوله ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني أنهم ما يسلطان الأصل المذكور ولكن يقولون ذلك فيما صح استثناءه من غير أن يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وإنما يصح استثناءه من باب اعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتهم بقدر أوجسار وصفها كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) بردي على هذا التعليق أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما إذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لبريانه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة وهذا لو كاتب عليهم لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والمحجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسألة بوجه آخر وعزاه إلى الزبالي وأورد عليه النقض بما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه إلى الكافي حيث قال لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لأن ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرد المولى يبيع وما كان منها بازاء رقبته المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزبالي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وأما معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كالأول كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لأن العبد لا يمكن استثناءه من الدنانير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتهم فكذلك لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه إلى الزبالي والوجه الذي عزاه إلى الكافي في ورود

بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البطل وهو الأصل في أبدال العقود وقال بالوجوب أي هذا الأصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن في قوله فمن أبي حنيفة (قوله وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معينا لعين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق في أول الفصل

(واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) انه تركى أو هندی (ولا الوصف) انه جيد أو ردي (جازت
وينصرف الى الوسط) (من ذلك الجنس) وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر
في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد (٢٤٠) الكتابة عقد ارفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما

ينصرف الى الوسط لان
الأصل في الحيوان المجهول
اذا ثبت في الذمة أن
ينصرف الى الوسط كما في
الزكاة والدية والوسط فيه
نظر للجانبين (ويجبر على
قبول القيمة) لانه قضاء في
معنى الاداء على ما عرف
في الاصول لانها أصل من
حيث ان البدل يعرف بها
(وقدره في النكاح) فصار
كأنه أتى بعين المسمى (وانما
صح العقد مع الجهالة لانها
يسيرة ومثلها يتحمل في
الكتابة) لان مبناهما على
المساهلة (فتعتبر جهالة
البدل بجهالة الاجل فيه)
حتى لو قال كاتبك الى
الحصاد أو الدباس أو القطاف
صححت الكتابة وقد ثبت
ان ابن عمر أجاز الكتابة
على الوصفاء وهو جمع
وصيف وهو العبد للخدمة
(وقال الشافعي لا يجوز وهو
القياس لانه معاوضة
فأشبهه البيع) في ان تسمية
البدل شرط فيها كما هي
شرط فيه والبيع مع البدل
المجهول أو الاجل المجهول
لا يجوز فكذا الكتابة
ولنا أن هذا قياس فاسد
لان قياس الكتابة على

قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع
والصفة (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح أما اذا لم يبين الجنس
مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد
والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي
رحمته الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن
على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يبتنى

النقض بالصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله
أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس
كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعترض على المصنف
بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب
الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا
عالية كالذابة مثلاً أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والبيع وغيرها
وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما يبنى على المما كسنة كالبيع والوكالة لا فيما يبنى على المساحبة
كالكتابة والنكاح انتمى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانا لان سلم أن شمول اللفظ
لأجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن
العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مبرر لان المصنف ما ذكر في
كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد
يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هناك ثم ان كان
اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد
من كل جنس فلا يدرى مراد الا أنه لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن
أو النوع لان بتقدير الثمن بصير النوع معلوما وبذلك النوع نقل الجهالة فلا يمنع الامتناع مثاله
اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي والجشني والمولد جاز وكذا
اذا بين الثمن لما ذكرنا اهـ فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله
مدارا لا اعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحب النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه
من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول وأما الثاني فلا أن الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب
الأجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام
المصنف في المقامين أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هناك فلما عرفت أنفا وأما فيما نحن فيه
فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيده بالجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي
والمتوسط اذ يبان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا
أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يبتنى

البيع اما أن يكون من حيث ابتداء أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال
والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة ذلك الجور في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو
الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبنى كل منهما

على المسامحة وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لأنه مبني على المماسكة زيادة استظهار وان لم يبين حسنه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعتراض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الو كالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الو كالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماسكة كالبيع والو كالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال (وإذا كاتب النصراني عبده الخ) وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وأيهما أسلم فله المولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تعليق الخمر وتعلقها وفي التسليم ثلث اذا الخمر غير مبيع فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال ففسد وتصلح في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف أي عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة لان البقاء أسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معنى والرواية في الكتابة رواية في البيع قال (وإذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر)

على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على المماسكة قال (وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر الانهما مال في حقهم بنزله الخ في حقنا (وأيهما أسلم فله المولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تعليق الخمر وتعلقها وفي التسليم ثلث اذا الخمر غير مبيع فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة أما البيع فلا ينعقد صحاحا على القيمة فافترقا قال (وإذا قبضها عتق) لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقدينا من قبل والله أعلم

على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على المماسكة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا يعني ما قاله الشافعي قياسا فاسد لان قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتداء أوها أو من حيث الانتهاء الاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة ذلك الخمر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما يند في أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بإداء البديل المشرط فاذا وجد البديل وقع العتق وذكر التمر تاتى أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بيننا وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداهما الى مولا فإنه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه ان عقد صحاحا على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحاحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحاحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحاحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسد بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة الى إخراجها عن البدلية وأذا بقي بدلا عتق بأدائها

(٣١ - تكمله سابع) للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما يند في أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بإداء البديل المشرط فاذا وجد البديل وقع العتق وذكر التمر تاتى أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بيننا وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداهما الى مولا فإنه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه ان عقد صحاحا على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحاحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحاحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحاحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسد بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة الى إخراجها عن البدلية وأذا بقي بدلا عتق بأدائها

(قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول الذي يشمل التركي والهندي وهما جنسان سافلان (قوله وفي التسليم تعليق الخمر) أقول الاظهر أن يقول وتعلقها بالطابق المشرط وح لا يرى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم هو تعلق المسلم بالخمر وانما جعل التسليم ظرفا للملك لاستلزامه إياه كانه مشتمل عليه (قوله فان الملك ثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول أي على رواية جواز الكتابة على عين في يد المالك قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقاني أي لو أدى غريم الخمر عتق أيضا فيما اذا أسلم أحدهما الآن في الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيان في شرحه للجامع الصغير انتهى وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيب بخلاف شرح السغناقي فتأمل

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرا يداو ذلك بما لكيسة التصرف مستند به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البذل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج الى المسافرة وبذلك البيع بالمحابة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى

في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة زيادة استظهار انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا تـ جعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعا على الشق الثاني حيث قال فأشبهه النكاح في الانتهاء وليس بنام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما يقل به أحد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهم ما قالوا في تعليل قول المصنف فأشبهه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعا على الشق الاول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلا تـ قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة زيادة الاستظهار وليس هـذا ابتداء أيضا لان مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهة لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهة البيع أيضا فلو لم يـ ذكر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والافتقار في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح اهـ واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة سماحة التعليل بقوله ما فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وان لا يفعله انتهى (أقول) هذا سالم مما ينتج على ما ذكره الشارحان المسطوران لكن فيه أيضا سماحة لانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصدياته انما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يقصص عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعله شيئا لا ينافي جواز أن يفعله أيضا كما في الأشياء المباحة التي يستوي فيها جاتها الفعل والتروك وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً (قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تـ هذا قوله

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

(قوله فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح) أقول هـذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضي عكسه فلا يـ من ملاحظته أمر آخر قد بر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول لا يـ في عليه لانه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره اصالة هنا وهذا لفظ القدوري هنا

(فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فإنه لم يبين ذلك ببيانه (٣٤ ٣٥) وجه الاستحسان (أن هذا الشرط

مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فإن قيل هذا يقتضى بطلان العقد كما في البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك (لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة وهذا) أي هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بالبدل

قوله ولا فيما يقابله) أقول قوله ولا فيما يقابله ممنوع فإن مقابله فك الجرح وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فإن مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجي بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول

قال (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البذل والنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل

حيث قال واذا صححت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه اعادها تهمة لقله فإن شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فإنه لم يبين ذلك ببيانه (أقول) لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تهمة القول المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتهمة لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أنه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا اللفظ القدوري ههنا انتهى (أقول) وهذا الذي ذكره ليس بلفظ القدوري وانما اللفظ فيجوز له البيع والشراء والسفر بفناء التفريع على قوله واذا صححت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكره هنا لا او بدل فاء التفريع وبإظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فإنه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك أن حاصل معناه متحدا بما ذكره هنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صححت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر في البداية تهمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اه فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فإن مقابله فك الجرح وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فإن مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجي بعد أسطر انتهى (أقول) ليس ذلك بشئ لأن كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشئ قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك بتخصيص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعنا عما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا اذ لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضى دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه أصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله انبه يتحقق التمكّن في صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البذل والنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل) أقول لغائل أن يقول

حينية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف أعني وعدم صحتها بالبدل (قوله وعدم صحتها بالبدل) أقول يعني بلا ذكر بدل

واحتما لهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انهما معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا بطلان الشرط وجهه
العقد اذ لم يتمكن في صلب العقد مما يشبه النكاح ويطلان العقد اذا تمكّن في صلبه مما يشبه البيع (أو نقول ان الكتابة
في جانب العبد اعتراف) لان الاعتراف (٣٤٤) ازالة الملك لا الى أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما

يسقط عنه ملك مولاه
وكل شرط يختص بجانب
العبد فهو داخل في
الاعتراف لدخوله في الكتابة
وهي اعتراف (وهذا الشرط
يختص به) فهو داخل في
الاعتراف (والاعتراف لا يبطل
بالشروط الفاسدة قال
(والتزوج ليس وسيلة اليه)
الكتابة فكما جرم مع قيام
الملك ضرورة التوصل الى
المقصود أي الى مقصود
المولى من البذل وذلك
لقيام الملك ومقصود
المكاتب وهو محصيل
الكسب لا يفناء وذلك
بفسخ النكاح والتزوج ليس
وسيلة الى المقصود بل هو
مانع عن ذلك فلا يدخل
تحت فسخ النكاح لكن اذا
أذن له المولى بذلك جاز لان
الملك فيه قائم

(قوله واحتمالهما الفسخ
قبل الاداء) أقول واحتمال
الفسخ بعد الاداء أيضا
لا يضرنا قال المصنف
(أو نقول ان الكتابة في
جانب العبد اعتراف) أقول
قال الاتقاني لو قال في جانب
المولى اعتراف أو قال في جانب
العبد عتق كان أولى انتهى

أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبرا عتاقا
في حق هذا الشرط والاعتراف لا يبطّل بالشروط الفاسدة قال (ولا يتزوج الاباذن المولى) لان
الكتابة فكما جرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه

قد مر قبيل هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أعتنا قالوا بمشابهة عقد
الكتابة للنكاح وعملوا به وأوردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه
بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي
العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لبحان الأول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة
فتأمل (قوله أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد
الخ) قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتراف أو قال في جانب العبد عتق كان أولى
انتهى (أقول) كل من شق كلامه منظور فيه أما شقه الأول فلانه لو قال في جانب المولى اعتراف لم يتم
المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعترافا في جانب
المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسرا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعترافا في جانب العبد
كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتراف وأما شقه الثاني فلان الاعتراف في قوله في جانب
العبد اعتراف مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق فكان قوله في جانب العبد
اعتراف وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف
اذا حصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضا
بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة
أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والأولى ما
بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا
الوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة
فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى (أقول) كل من
وجهي دفعه غير سالم أما وجهه الأول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة
من الكتابة ولو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها
معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعترافا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه
الى الوجه الأول وأما وجهه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور
اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر اعترافا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان
الكتابة فكما جرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض
الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتب بنفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن
انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه اذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو ان المكاتب بتزويج نفسها
تتملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود ومن الكتابة وما أخذ ذلك ما ذكره

المصنف

والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبرا عتاقا في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا

كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان
ضعيف انتهى ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل
في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي جيد الدين الضرب فراجع

(ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (الابالشي اليسير) وكلامه في نفسه ظاهر والمجاهر عند العامة هو الغنى من التجار وكأنه أراد بالمجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فخر المتاع ويسافر به فخره كذا في المغرب (ولا يتكفل) لماذا كونا (ولا يملكه بنوعيه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى أدى صار مقرضاً بما أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفاله ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره أجيب بأنه يضره فر بما عجز عن تسليم النفس فيجبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمالك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئاً جازاً أن يملكه غيره كالمعبر يعبر (بخلاف الاعتراف على مال) فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف (٣٤٥) على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان عليك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فان أدى الثاني) يعني ان أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثاني) لتحقيق شرط عتقه (وولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك) لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا الوعد الاول كان الثاني ملكاً للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتراف اليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازاً وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستثمان على مواليه (فاذا عذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقاً (اضيف اليه) أي الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيئاً)

ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الابالشي اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجذب دماً من ضيافة واعارة ليجمع عليه المجاهرون ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لانه اكتساب للمال فإنه يملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان ما له العتق والمكاتب ليس من أهله كالاغتراف على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فملكه كزوج الامه وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمالك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتراف على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثاني قبل أن يعتق الاول فولأؤه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتراف اليه في الجملة فاذا عذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كافي العبد اذا اشترى شيئاً (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثاني بعد عتق الاول فولأؤه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

المصنف فيما ساقى في تعليل مسألة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانه اكتساب للمال فإنه يملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بنام فان بين تزويج المكاتبه نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به في أثناء شرح مسألة تزويج المكاتب أمته فيما ساقى وأقوى وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن يملك المكاتبه تزويج نفسها لو جود هذه العلة فيها لانها اكتسب به المهر ونسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جنابة رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتب لا تزوج بغير اذن المولى وأجاب بأن تزويج المكاتبه نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحسين والعفة فان مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر

فانه ثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقاً) مباشرة حكماً لما أن العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتراف (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جرح الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبباً باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فيجبر الولاء الى قوم الاب (وان أدى الثاني بدل الكتابة) بعد عتق الاول فولأؤه للاول لان المباشر من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت

قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن (قوله بخلاف الاعتراف على مال فإنه لا يملكه) أقول الاعتراف مصدر من المبنى للفعول أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره

قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه. أما الاول فسلانه اسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبهه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة. وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهم ما يملكان الا اكتسابا كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظرا فيما سواهما والولاية نظرية

قال (وان أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فتتقيص له) لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله (على ما مر) إشارة الى قوله وان زوج أمته جازلانه اكتساب للمال (قوله وكذلك الاب والوصي) ظاهر (قوله ولان في تزويج الامة والمكاتبه نظرا) أما في تزويج الامة فلما مر أنفا وأما في الكتابة فلانه بالجزء بدقيقة فربما كان الجزء بعد اداء نجوم وذلك لاشك في كونه نظرا

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الا اكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيحى بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أي في أنه اه من هاهنا الأصل اه صححه

سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتخلص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها أيضا كما لا يخفى تأمل توقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاصه. هذا الدليل بالمكاتب فإن التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبه لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمد كرماد كره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز لا كاتب أن يتزوج بغير إذن مولاه وكذا المكاتبه لان المكاتب عبدا مابق عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر لان المولى يملك رقبته المكاتب والمكاتب يملك منافعهم ومكاسبهم فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحد منهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة ورد في المذكر ولكن بدلالة يعم المؤنث أيضا لا محالة (قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيحى فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فأندرج في قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله كما سيأتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضرورات الملكة المأذون له أيضا اجماعا فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح المزبور الا بأن يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فملك كان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع عنه فاذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يعرف هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان

قوله (فأما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله (هو) يعني أبو يوسف (قاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوج الأمة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبر التزويج بالاجارة فإن المأذون له جازله أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العيين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لأن المماثلة (٣٤٧) بين العيين ظاهرة إذ في كل منهما فلك

الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيين

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة الاتفاق على مال يزله قبله أيضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفا لم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فيبطل قوله فإذا ملك البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا (قوله) فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رجحهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أقول في هذا التحريم نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجر مع كون كلمة أما في قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما ياباه اذ حكم ما ذكره قبيلها أيضا عدم الجواز بنا فيه وقوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فغامض في بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فنتج عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهم ما يجوزان للمأذون له قطعاً كما يجوزان للمكاتب فلامعنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب أصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكر في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح لتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصلة لا يتم عذرا لاهنا ولا هنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابة عبده وثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا بآذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدق له الا بيسير وتكفله واقرضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشي من ذلك الا يصح من مأذون ومضارب وشريك تفتن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونه اعلى قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم غامضها في صورتي البيع والشراء من المثبتات وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلا ثبوت المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختاطة مع الاخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلا ثبوت قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الأمة من قبيل المثبتات في المكاتب وأنا أتجهب من شرح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله) هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فإن المكاتب يجوز له أن يزوج أمته فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له

(قوله) وقوله فأما المأذون له (فظاهر) أقول لا وجه للفاء اذ لا يتضمن المبتدأ معنى الشرط (قوله) ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله) وفيه ما فيه) أقول فان دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقاني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفيه أبي الليث وعن شرح الطحاوي للإمام الاستيعابي ما يدل صريحا على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا يصلح مؤيدا لذلك ويكفي ذلك كره في

هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب والصواب يجوز له تزويج الأمة اذا كالم فيه (قوله) وقيل استعمل القياس) أقول القائل هو السعفاني (قوله) لان المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانهم ما يتم اثنان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله) لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله) وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ) أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عيين ان أراد أنه لا يكون بين عيين حقيقة فسلم وان أراد أنه لا يجعل العيان مقيسا ومقيسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالاولوية لظهور المماثلة في الاول دون الثاني

وله ما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بجارة فأما المكاتب يتملك الا كتساب وهذا ا كتساب
 أن يزوج أمته كذا في الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظراً ما في الاول فلا تلو صبح قياس
 المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضاً فان المكاتب يجوز له أن يكتب
 عبده فينبغي أن يجوز له المأذون له أيضاً أن يكتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده
 مما لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلا تلو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له
 يقتضي جوازها أيضاً لزم أن يجوز تزويج عبده أيضاً كما يجوز اجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع
 أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العيينين وهما
 المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما ما انتزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العيينين
 ظاهرة اذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجوداً فاستعمل لفظ القياس
 لذلك وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية
 من الجانبين لان المنفعة حكم المالية لا يرى ان الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلته المنافع كما لا يثبت
 ديناً بمقابلته الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا البق اه كلامه (أقول)
 فيه بحث أما اولاً فلا تلو ان اراد بقوله اذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف ان في كل منهما فلك
 الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على
 ما فصل في كتابهم ما وان اراد بذلك ان في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف الذي أطلق في
 الاخر أيضاً فليس كذلك أيضاً الا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق
 وان اراد بذلك ان في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فهم هذا القدر
 لا تحقق المماثلة الصحيحة للقياس فضلاً عن ظهورها وأما ثانياً فلا تلو قوله لما ان الاجارة من
 المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية
 لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات
 الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل
 ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيينين وان كان غير
 ذلك فلا نسلم اوليته اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما مرشد اليه
 جعله دليلاً على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عيينين ان اراد به أنه لا يكون بين نفسى العيينين
 من حيث ذاتهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العيينين استعماله
 بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث علمهما وتصرفهما ولا ريب في جريان
 القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان اراد به أنه لا يكون بين العيينين بحيثية من الحيثيات فهو
 فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية أيضاً ساقطاً لان لفظ
 القياس أكثر واشهر استعمالاً في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبراً في أصل
 معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره فاس الشيء بالشيء قدره على مثاله
 فكان استعمال لفظ القياس في الشئيين الذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين
 الذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعاً لان فيه توفيقاً للاقوى للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان
 رأى صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في
 النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه (أقول) ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً

وان كان غير ذلك فلا نسلم
 اوليته (ولهما) وهو الفرق
 بين المأذون والمكاتب (أن
 المأذون له يملك التجارة
 وهذا) أي تزويج الامة (ليس
 بتجارة) لانه ليس بمبادلة
 المال بالمال والتجارة ذلك
 (والمكاتب يملك الا كتساب
 وهذا ا كتساب) لانه اسم
 لما يتوصل به الى المال
 و بالتزويج توصل المولى
 الى المهر فكان ا كتساباً

(قوله وان كان غير ذلك
 فلا نسلم اوليته) أقول فيه
 بحث

(قوله ولأنه) أي التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لأنها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لأنها مبادلة المال بالمال لأن المنافع في باب الاجارة مال (ولهذا) أي ولأن التزويج ليس من الأكتساب (الأيالك هؤلاء) أي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لأنه ليس باكتساب المال

فصل في ما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصل ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع بتلوا الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقديم الاب في الذكركه هنا على ابنه للتعظيم وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب (٣٤٩) سواء كان مولودا في الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعدم موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية وأما الاب فإنه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعدم موته حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتباً لأنه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصله فان

ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم
فصل في ما إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته

وان أراد انهما مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبمع (قوله ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذ هي أي الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتامل اه (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اه بأن مرادهم بما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكمي وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويقصم عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة في الاجارة في حكم المال اه * ثم أقول ويمكن أن يحتمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال حينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكمي لا حقيقة كما عرفتة آنفاً ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهراً في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاه بالمال لقوله تعالى أن يتنخوا بأموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضاً غير أنه لم يذكر الوافي في قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهراً في باب النكاح بل جعله على ما قبله (أقول) فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حراً امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل

فصل في ما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصله شرع في ذكر مسائل وقوعها

(٣٣ - تسكمه سابع) قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أوجب بأن المشتري تباع من كل وجه

قال المصنف (ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتامل (قوله ولهذا أي ولأن التزويج ليس من الأكتساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلا شئ أنه من الأكتساب وان أراد مطلقاً لم يدع أحد أنه من الأكتساب

فصل في ما إذا اشترى المكاتب (قوله والمولود مقدم) أقول أي المولود في الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعني حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعني بعدم موته

فلا معتبر به في أمر البذل لتقرر قبل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البذل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسهل ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولا يدخل في كتابته كما ذكرنا لانه لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتبه تحقيقا للصلة بقدر الامكان (واذا اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما وللهذا لا يفتقران في الحر في حق الحرية ولا في حنيفة ان المكاتب كسب الاملاك لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا الاعلاك الهبة ولو اشترى زوجته (٢٥٠) لم يفسد النكاح (والكسب يكفي للصلة في الولاد) لافي غيره (الابري ان

القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه) أي قرابة الاخوة (توسط بين) القرابة البعيدة من (بنى الاعمام) والقرابة القريبة (و) هي (الولاد) والمتوسط بين الشبهين ذو حظ منهما (ف) حملنا بالشبهين (و) الحقناها بالثانية) أي القرابة في العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (وبالاولى) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا في العتق (لانه أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشر يكتن اذا كاتب كان لا يخرق نفسه واذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك ابطال لأحد الشبهين وأعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما قال (واذا اشترى

لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتبه تحقيقا للصلة بقدر الامكان ألا ترى أن الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد وجوب الصلة ينتظمهما وللهذا لا يفتقران في الحر في حق الحرية وله أن المكاتب كسب الاملاك غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشر يكتن اذا كاتب كان لا يخرق نفسه واذا أعتق لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلانها تتبع الولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فمكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لانهم أم ولدها فلا يبي حنيفة

بمسبيل التبعية وما يتبعها لان التبعية تلوا الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لان القنة بالتا وفي وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما أمة قنة فلم أسمعه اه (قوله وأما امتناع بيعها فلا) انها تتبع الولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وهما يثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للام حقها تحقيقا لا انحطاط رتبته عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لا انحطاط الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبه تبع للولد قلت لان العقد ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبه تبع للولد وانما يقتضي أن لا تصير مكاتبه أصالة الابري ان المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتبه تابع لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هنالك أيضا قطعاً فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا تصير مكاتبه تبع لولده تحقيقا لا انحطاط رتبته عن ولدها في حق الحرية الابري أنها لا تصير حرة في الحال تبع الحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فكذلك لا تصير مكاتبه تبع لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا

أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها فمكذلك عندهم لانها أم ولدها فلا يبي حنيفة (قوله ولان هذه أي قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أي قرابة المحرمية غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أي بالشراء والهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

له أن القياس جواز بيعها وإن كان الولد معها لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البذل فإن أدى عتق وما فضل معه فهو له وإن عجز عاده هو وماله للولي وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ولا يجوز أن يتعلق به مالا يقبل الفسخ كالاستيلاد لأن مالا يقبله أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للادنى إلا أنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام بتحكم والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعترفها ولدها ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها الولد (٣٥١) (وإن ولد المكاتب ولد من أمة له

دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال لأنه من أهل أن يكاتب إن لم يكن من أهل الاعتاق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسرى فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسرى لا يحل له وطء أمته لكن إن وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجار به المشتركة فإنه ليس لأحد الشريكين وطؤها لكن إن وطئها فولدت وادعاء ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حرم مكاتب ولدت ولدا فادعاء المكاتب فإن الولد ولده والجار به أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحرف بقيام الملك له في نصفها

وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ إلا أنه يثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه حكمه وكسبه له) لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك إن ولدت المكاتبه زلداً لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاد

ملكه ولده فإنه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقاً للصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فإن قلت العقد ما ورد على الولد أيضاً قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون وارداً عليه بخلاف الأمة (أقول) فيه أيضاً نظر لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الأب وروداً على الولد أيضاً ولا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضاً فيما نحن فيه أصالة لا تبعاً للوالد فلا يصح قول المصنف أمد دخول الولد في الكتابة فلماذا كررنا كما لا يخفى ويلزم أيضاً أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تفق (قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد إلى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام بتحكم والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعترفها ولدها ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها ولدها إلى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو أن الأثر المذکور لا يفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر إطلاقه يتناول صورتين معاً قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذکور يدل عليه فهو ممنوع جداً وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذکور عليه فهو يؤول إلى المصادرة أذهو أول المسئلة فإن الإمامين لم يقبلوا فلماذا لم يجوز بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على أنها أم ولده وإن لم يملك ولدها

ههنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلق ويثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه حكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد لوالده (لأن كسب الولد كسب كسبه) إذا ولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك أنا ولدت المكاتب من زوجي دخل الولد في كتابته لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً) فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات (كالتدبير والاستيلاد) والحرية والرق تسرى إلى الأولاد فقوله مؤكداً إشارة إلى ذلك احترازاً عن ولد الأبقية فإن بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لأن امتناع البيع في الأبقية غير مؤكداً إلا بقي مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فإن الأمة إذا تصفت بهما امتنع بيعها لا مقرر وإن شئ لكن ليس بمؤكد فقوله الأوصاف القارة احترازاً عن مثل هذين الوصفين وقوله الشرعية احترازاً عن السواد والبياض والطول والقصر

فانما الاتسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كالم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا ناعلي أن الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد اخلافي كتابة الام وكسبه لها (قوله لان تبعية الام أرجح) اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها ما وكسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام أرجح لانه جزء منها بحيث يفرض منها بالمقراض قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأه زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرار بالقيمة) لانه ولد المغرور ولو جود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا يحرمه الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لو جود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الاولاد عندهم: آخر أدائها (٣٥٣) الى ما بعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولد ادخل في كتابتها وكان كسبه لها) لان تبعية الام أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأه زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد باذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرار بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا يحرمه الاولاد ولهما أنه مولودين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة

قط على أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتمام على قول أصحابنا جميعا لانه ان أراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك الميم فهو ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أحد من الفقهاء الا يرى أن الحر اذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالانزال المزبور بعينه مع أن الولد هنالك ليس بمملوك للاب ملك الميم بل لارب وان أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في اعتناق الولد أمة عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاء لا لايه قطهر أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتمام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولد ادخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ دخل في كتابتها ما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدة أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى (أقول) ليس

ناجزة الخ) ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها) ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد أن يتبع الام في الرق والحرية لكن تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة) وقد قررناه في التفسير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق) فكان المانع عن الاطلاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير اذن المولى) أو باذنه لكنه قال بغير اذنه لئلا يتبين منه ما اذا كان باذنه

هذا

يطريق الاولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة) من غير تأخير الى الاعتناق

(قوله والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدة أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا قال المصنف (وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير ان يجب القيمة عند محمد حالا فنقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لانه انخلق من ماء الرقيق وولد الحر انخلق من ماء الحر فافتقر قامن هذا الوجه فلا يلحق جلد بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة قائل (قوله وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير ووصية وصورته أن يكون للحر ولد وهو فن لا جنبي فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدا فهو حر لانه ولد للمولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا على الكلية لانها مقيدة بانتفاء المانع

(وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير انته (و) حكم (المأذون له كذلك) فذا كان أو مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أو جبت الشراء والشراء أو جبت سقوط الحد وسقوط الحد أو جبت العقر فالكتابة أو جبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبه من المولى) وذلك بأن ادعاه (فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تتخير (لانه ثلثة مباحاتها حرة عاجلة ببذل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لسته أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى (٣٥٣) يملك الاعتاق في ولدها) لان الدعوى من المولى كالنحرير وانه يملك

نحرير ولدها من غيره قصدا فلا أن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الأولى وقوله (وماله من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبه ناقص فلا تصح دعوته لان ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكانته بدليل جواز اعتاق المولى مكانته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكانته يثبت نسبه فلا أن يثبت من المولى أولى (فان اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاها) أى مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها) وبما فاعها على ما قدمنا) يعنى قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت أخص بأجزائها توسلا الى المقصود

وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخل تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لماسقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثانى لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبه وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظم ما نهى عنه كالنكاح كميل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل قال (واذا ولدت المكاتبه من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلحقها جارية عاجلة ببذل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لا تختصا صها بنفسها وبما فاعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكانتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

هذا شئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد يعتق أمه وانما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام في الثانى ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فقلت الفائدة أيضا انما تحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافى كون الاول هو الوجه بل يؤيده وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكور كذا في الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها

بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعنى بعد مضى على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما نذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لان الاكساب ههنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عما يشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عما يشبه الشرط (وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكانتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

(قوله تقريره الكتابة أو جبت الشراء) أقول فيه بحث الآن يقال المراد أو جبت صحة الشراء **فصل** واذا ولدت المكاتبه (قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى الخ) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبت له (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظر الها

ولو ولدت ولدا آخر (وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لان نسب ولد أم الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة (٣٥٤) وباقي كلامه ظاهر والله أعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم

ولده جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك السيد في الحال والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيره فكان جائزا لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببطل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت به ما فإمكاننا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهم ما جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل وعروض بأن مالبة أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني والمالك يجوز أن يقابل ببذل متقوم وان لم يكن متقوما كذلك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة الاخرين بالمال (فان مات المولى عتقت بالاسـيـلاد لتعلق عتقها بموت السيد

ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى حرمة وطؤها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سمي هذا الولد لانه مكاتب تبعها فلومات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فاتبها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقاها جهتها حرية (فان مات المولى عتقت بالاسـيـلاد) لتعلق عتقها بموت السيد

التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط البذل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط ألا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البذل وجهة كونها شرط تستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدمه متنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي الا لزمين بوجوب تنافي المزمومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانياً فلان العمل بالشبهين لو تصور ههنا فاقبالتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلمة فها معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملا بجهة الشرط * ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الثانية بقوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان القسح لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى ذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقاها جهتها حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببذل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت به ما فإمكاننا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهم ما جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت به ما فإمكاننا متنافيين بأن قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشقيه أما شقه الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمومية الولد في الوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في الوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علته إسقاط المنع عنه وأما شقه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بأمومية الولد فاني مجتمعان معاوان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلق على سبيل

وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة) بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والا كساب يعتق الاولاد وتخلص لها الا كساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن تبطل بمجرد المكاتب عن ابقاء البدل والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقائه وبالأول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لأولاده وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا هنا إلى بطلان الكتابة نظر المكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلى الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل له فلعله شديد (ولو أدت المكاتب) بالنسبة إلى بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود مقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لاحقيةها وانتفاء المانع وهو عدم المناقاة كما تقدم

قال المصنف (غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) أقول قال الاتقاني (٣٥٥) لم نجد فيه الرواية المنصوصة ولقائل أن

يقول النظر اليها في ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم نعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليم الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أضافي حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد

(وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتب قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرناه من الحاجة ولاننا في اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

البديل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر في ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم نعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وأنت خير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكاتب ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى (أقول) ليس هذا يدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتب في اكسابها ما انما هو يد الارقة ولهذا لا يملك التبرع فيهما وانما رتبة اكسابهما ملك مولاها كرتبة أنفسهما ما لم يؤدى بديل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي فقوله وما كها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه

حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة اه كلامه وأنت خير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكاتب ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا بين في العقود الشرعية فكيف لها انظار (قوله والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقائه) أقول فيه شيء فان بالابقاء يقرر ولا يبطل والحق ان بطلان الثاني لحصول المعسول وهو العتق بعلة أخرى فالسعي في ابقائه بعده يكون سعيًا في تحصيل الحاصل وهذا هو الذي أشار إليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه) أقول وفيه انه ليس في الثاني ابقاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولد حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطالة بالابقاء نظر اليها فليس الابقاء والابطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين) أقول اذا كالتاقرينين ولاننا لم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول أراد من قوله هي أولا العتق ومن قوله هي ثانيا البديل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا أقول المصنف اذ الحرية غير ثابتة لتعليل لوجود المقتضى والظاهر انه تعليل لانتهاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

رقبة فلا يدفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد حكم الأم لانه تابع للأم حالة الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الا كساب والاولاد بقوله أي الاولاد التي اشترتها المكاتب في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الاولاد لو اعتبرت الكتابة مفسوخة ايضا في حق أمثالهم لكافوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم انذاك قطعاً وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البذل والثاني أن يبطل بانتهائه بإيفائه وبالأول يعود رقيقاً فاولاده وأكسابه لمولاه وبالتالي يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه (أقول) لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان كون الكتابة عقداً واحداً لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض أموراً منها واحدة الجهة وههنا لم تحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والا كساب كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انقضت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد فلا محذور أصلاً وأما الثاني فلو جوه أحدهما أن انتهاء الكتابة بإيفاء البذل انما هو تمامها وتقررها فجعل أحد طريق بطلانها انما لا يساعده العقل والنقل وثانيها أن المكاتب في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه ايفاء البذل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقفاً مجرد النظر لها بما لا نظير له في قواعد الشرع وثالثها أن قول المصنف لان الكتابة انقضت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح الزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيفاء تمام البذل يصير اتمام الكتابة في حق البذل وفي حق الا كساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البذل حقيقة فلا يكون لا اعتباراً انفساخ الكتابة في حق البذل وبقيائها في حق الا كساب والاولاد وجه ورابعها ان حل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال لان بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعاً اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلاً ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفين لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل فلعلة سديد الى هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضاً ليس بشيء وجوابه ليس بسديد أما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعمل بعلمين مستقلين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البذل فيعمل به ما قطعاً على ما تبين في موضعه والامر فيهما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلاً أو أدلة كذلك فان المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعمل به المطلوب بدلا عن الآخر وأما الثاني فلان كون المعلول بالغة الأولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لاقنة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فتخير) لان في التخيير فائدة وان اتحد الجنس (٣٥٧) لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين

أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الأقل) قد اعترض عليه بأن الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما اعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلامعنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البديل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير في الحال أن يجب البديل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البديل مقابل بثلثي رقيبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البديل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادته لانها استحققت حرية الثلث ظاهراً

(وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسمى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تسعي في الأقل منهما وقال محمد تسعي في الأقل من ثلثي قيمتها وثنائي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في ثلثي الخيار أما الخيار ففرع من تجزؤ الاعتاق عندهما لما تجزأ بثلثي الثلثان رقيقاً وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجّل بالتدبير وموَجَّل بالكتابة فتخير وعندهما لما اعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلامعنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البديل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير في الحال أن يجب البديل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البديل مقابل بثلثي رقيبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البديل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادته لانها استحققت حرية الثلث ظاهراً

لان تلك الجهة أن يلزمه ابقاء البديل وقوله لا امتناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة يسقط بدل الكتابة عنها واذا أسقط عنها البديل لا يلزمها ابقاؤه قطعاً فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على مالها وما عليها سديداً كما لا يخفى (قوله والاعتاق عندهما لما تجزأ بثلثي الثلثان رقيقاً وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجّل بالتدبير وموَجَّل بالكتابة فتخير) لان في التخيير فائدة وان كان بجنس المال متحسداً لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً كذا في عامة الشروح وعزاه في معراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيسهل شيء وهو أن الفائدة المذكورة انما تتصور في صورة أن كان البديل المعجل بالتدبير أقل من البديل المؤجل بالكتابة وأما في العكس فلا اذا لاشك أن أداء الأقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الأكثر المعجل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة أصلاً لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحباه مع أن الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من إطلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله وعندهما لما اعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلامعنى للتخيير) واعترض عليه بأن الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما اعتق كلها بالتدبير لعنتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأننا قد حكمنا بصحة الكتابة نظر الهافت بقيمتها لذلك فلم يجب ما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة (أقول) في الجواب اشكال لان القول بابقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير يناهض قول المصنف وعندهما لما اعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة اذا الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فاني بتصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فإن قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقةها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو أبقى حكم الكتابة لا بقي تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الامام بين هنا وعندهما لما اعتق كلها باعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه غير مؤجل الخ ولو أبقى تأجيلها لزم أن لا يتم قوله ما افتتار الأقل لا محالة فلامعنى للتخيير لجواز أن تختار الأكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الأقل المعجل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا

أعتقها خارج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن

(٣٣ - تكمله سابع)

مال تخرج من ثلثه فقد استحققت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحققت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان اخرجها عن الملك) أقول أي لا الى مالك

(والظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك لماعتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول بتجزؤ الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظر المدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله اذا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقفها جهتا (٣٥٨) حرية (ولهما الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة

لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لان النفقة والجنابة على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزؤ الاعتاق (وأما المقدار فتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق له ما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبه الخ) واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعته لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل

والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته وصار كما اذا أطلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولهما الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالوا تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فتفق عليه ووجهه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعته) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لا تانبقى الكتابة في حقه

هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته) أقول لما منع أن يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقة الخيار أن يحتاج الى استفادة حقيقة ما عجزت فلا يلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجب وزل للمولى أن يكتب أم ولده بالا جاع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جازال التزام المال من أم الولد بمقابلة ما يستحق حرته كلالا احتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلا ن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حرته بعضا تلك العلة بعينها أولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق اه (أقول) ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان بحرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالا جاع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لأنها استحققت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحققتا مجازا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين

الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) واللزم كان لتعلق حقه فاذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كالمواضع المولى أو آجره برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضى به ببدل فلا بدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لا تانبقى الكتابة في حقه) اشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببطل نظر الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها لجهة ووجهه ان الاكساب سالمة لا تانبقى الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالتحقق الواقع فيعتق باعته

قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

(وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عماليس بمال) بما هو مال (لان الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط (٣٥٩) انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن

مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله (وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على أداء البدل الا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) (ربا) وفيه بحث لان المال ما يتول به وهو يعتمد الاراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلان أعطى متعد الى مفعوليه بلا واسطة

(قوله لان هذا الصلح اعتياض عماليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عماليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك

قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز) استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حرته هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حرته مجانا بخلاف ما لا يستحق حرته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعيا به فانه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكر تفهيم (قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عماليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اه كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عماليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكره عوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصله فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكره عوض بطريق الاصله وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكره عوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وقالوا خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصله النكاح والطلاق والعناق على مال فان ذكره عوض فيها ليس بطريق الاصله اه ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا اه وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة اه (أقول) ليس هذا بسد لان المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شئ مجمل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء بعضه الا آخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء بعضه الا آخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا لكان أظهر لان تأثير قوله والمجمل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المجمل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء البعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اه (قوله) وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به قال بعض العلماء

على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله واذا لم يجز ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلته الاجل (قوله لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا) أقول لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء فالمكاتب يعتبره مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال

وقد استعمله باللام وأما معنى فسلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجهه فان أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجهه فان
 الاعتدال اذ الدين مال من وجهه وان أراد حكم المال من وجهه فهو تحصيل للحاصل والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتحول به ويحزر
 صحيح اذا كان مالا من كل وجهه وليس مانحن فيه كذلك وانما المراد به هنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم
 لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبار الاجل حكم المال فان الشيء يجوز أن يكون
 جهة في شيء ولا يكون معتبرا في شيء أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيا للعقد وتطرا للمكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان
 وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه لما تقدم ان له شيا بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربان كل وجهه
 ففيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقدين الآخرين لانه عقد من كل وجهه فكان
 ربا والاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز
 الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلمهم أن يردوه دفعا للضرر تأخير حقهم الى مضي الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب
 يؤدي ثلثي الفين حالا) وهو ألف وثلثمائة (٣٦٠) وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون درهما

وثلاثة درهم (الى أجله أو يرد
 رقيةا عند أبي حنيفة وأبي
 يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي
 ألف حالا والباقي الى أجله
 لان له أن يترك الزائد على
 قيمته) ومن له ترك شيء له ترك
 وصفه والتجمل وصف فيجوز
 تركه (وصار) ذلك (كما اذا خالع
 المريض امرأته على ألف الى
 سنة جاز لان له أن يطلقها
 بغير بدل) ولو قال لان له أن
 يترك الزيادة وثلث الألف
 فله أن يؤخرهما ما كان
 أحسن فتأمل (ولهما ان
 جميع المسمى بدل الرقبة)
 بدله جريان أحكام
 الابدال من جواز المراجعة
 على الفين وجواز الحبس

فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجهه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ولان
 عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه والاجل ربان وجهه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين
 الآخرين لانه عقد من كل وجهه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفي
 درهم الى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الفين حالا والباقي الى
 أجله أو يرد رقيةا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي ألف حالا والباقي الى أجله) لان له
 أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة
 جاز لان له أن يطلقها بغير بدل وله ما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال
 وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذلك بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع
 لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل وتطير هذا اذا باع
 المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للشري أد ثلثي
 جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا قيمه زاد عليه
 لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة
 حالا أو ترد رقيةا في قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالة فليتأمل اه
 (أقول) هذه المناقشة انما تطهر ان لو اردوا بنى القدرة على الاداء الابهني القدرة الممكنة وهي أدنى
 ما يتمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك بنى القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء كما هو

على المماطلة والاخذ بالشفعة فانما يتعلق بجميع المسمى وهو الألفان وبذل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه
 بالمبدل فان المبدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للريض اسقاط ثلثه
 فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الأصل
 اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يخير المشتري بين ادائه ثلثي
 جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين
 (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيةا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر) وهو اسقاط
 ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الألف الأخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الأسقاط والتأخير لكن لما
 سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الأسقاط ولا في حق التأخير

(قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما في ردف لكم (قوله لما تقدم ان له شيا) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع
 المنافي كما علة غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول اليمين أيضا من العقود (قوله بخلاف العقدين الآخرين لانه عقد من
 كل وجهه) أقول وخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والاخذ بالشفعة) أقول فيه شيء والامر سهل

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الأصيل لأن الأصل في تصرف المرء أن يكون بنفسه قال (وإذا كاتب الحر عن عبد ألف درهم الخ) قال في الجامع الصغير وإذا كاتب الحر عن عبد ألف درهم فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً يعني أن هذا العقد نافذ في حق مالك العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداءه هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البذل لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازته من له الإجازة فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا إذا أجاز بعد العتق (٣٦٩) وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم لم يقل على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فأدى عتق استحساناً وفي القياس لا يعتق لأنه لا شرط حتى يعتق بوجوب الشرط والعقد موقوف لما صرح به الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصير في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف العبد قبل ما للفرق بين هذه وبين البيع فإن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيماله وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيماله والحساب أن ماله ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو أدى الحر

باب من يكاتب عن العبد

قال (وإذا كاتب الحر عن عبد ألف درهم فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبله إجازة ولو لم يقل على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لأنه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصير في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد وقيل هذه هي صورة مسألة المكاتب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لأنه متبرع قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحساناً وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت الظاهر فلا يكون المناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لأنه يخرج عن يد المولى مقلداً فيمتنع الناس غالباً عن اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جداً بدون الاجل وإن أمكن في الجملة على أن المصنف وأضرابه لم يتشبهوا في تعليق صحة الكتابة الحالية عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبذل معقود به فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وإن مبني الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال برد إلى الرق اهـ فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صحت الكتابة الحالية فتدبر والله أعلم

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم

البذل لا يرجع على العبد لأنه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى إلى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) إذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جازاً استحساناً وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كن باع عبده وعبده غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت

باب من يكاتب عن العبد

(قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر أن يقول بالتبعية وانما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيماله) أقول كسبوت الملك

دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس مانع فيه كالمستشهد بها الان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو أعتق الاولاد لم يسقط من البدل شيء وتعتق الاولاد اذا أعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليهما مقصوداً حتى ان المولى اذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من الكتابة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب ان ما ذكرنا يجوز ان يكون وجه القياس وأما في الاستحسان فالتنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير تنظر في أن يكون فيه جهة اصاله أو لا تصحح العقد ونظراً للكتاب ولا شتماله على المسامحة واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينقرد به الحاضر فله أي فله المولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصاله في انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرر لانه قال في أول المسئلة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكنه أعاده تمهيداً لقوله (ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب ف) القياس فيه أن لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة (لانه ينال شرف الحرية وصار كغير الرهن اذا أدى المرتهن) لفكالك عنه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى ديناً عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطرب اليه) ومثله أيضاً لا يرجع فان قبل الغائب ههنا كغير الرهن (٣٩٣) ومعه الرهن مضطرب ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطرب اليه فالجواب

أنه كهو في حق جواز الاداء من غير دين عليه لافي الاضطراب فان الاضطراب انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قبل حق الحرية حاصل بالكتابة ورعا فانه لو لم يؤد فكان مضطرباً أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به (وليس للمولى أن

دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينقرد به الحاضر فله أن يأخذ بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه (قوله وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كغير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه (قوله وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير مضطرب اليه قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء) لما بينا (فان قبل العبد الغائب أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلاغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كانت الامنة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى

بأخذ الغائب بشيء لما بينا) انه فيه تبع (فان قبل العبد الغائب ذلك أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرده وقبوله في ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كن كفل عن غيره بغير أمره فبلاغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامنة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة في الامنة اشارة الى أن الحكم في العبد والامنة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز ثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامنة لعدم ولايتها اذ الام الحرية لا ولاية لها فكيف بالامنة (وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها وكل من الولدين ان أدى فهو متبرع غير مضطرب وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الا آخر لانه لا اصاله بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أدائه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى

(قوله وأما في الاستحسان فالتنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير تنظر في أن يكون فيه جهة اصاله أو لا تصحح العقد) أقول قوله تصححاً فانظر الى قوله فالتنظر والضمير في قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولا شتماله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصححاً (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول الضمير في قوله عليه راجع الى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البدل شيء (قوله فان قبل حق الحرية الى قوله أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به) أقول الضمير في قوله بأنه راجع الى قوله حق الحرية والضمير في قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

(قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي أولى وأقول لعلة اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ (٢٦٣) أن ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق والله أعلم

وهي أولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما صاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالاهو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

أحكام الاصيل لان الاصل في تصرف المراء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعلة اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابع لالام في الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس يتم لان تبعية الولد لالام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك أن وضع مسئلتنا هذه في كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى أيضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لا تنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاء على ما بينا في المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز ههنا على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبه على أولادها كتبوها على نفسها فليس يصح ان قد صرحوا فأطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا ههنا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد لم يمتوهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليها فلا يعلم تساوى العبد والامة في حكم هذه المسئلة

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتشبه في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تأمل توقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اه (أقول) وجه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يتم كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما في المسئلة الاولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين شريكين) أقول اي بين رجلين

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين شريكين الخ) اذا اذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالاهو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما

باب كتابة العبد المشترك

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر ان يقال ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالركب من المفرد فتدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال (قوله واذا كان العبد بين

وأصل هذا الاختلاف ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كما لا عتاق لانها تنفد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدة انتقاما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بأن الكتابة اما أن يعتبر قيمها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للاخر ولاية الفسخ فمن أين له كتابة ذلك وأجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ بمعنى بوجبه وهو الحاق الضرر ببطء لان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق مقتضى وانتفى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيه ماضر ولكن المحل لا يقبل الفسخ أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلانه عين (قوله واذنه له بقبض البذل) بيان (٣٦٤) اختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء

من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه أي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد أي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أجيب بأن

وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما منزلة الاعتاق لانها تنفد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البذل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز

ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل إما يجعل الشريك فعلا بمعنى مفعول من شركه في كذا فان كلاما من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشركه والفعل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث أو بصيغة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع وتحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شريكين حيث قال قال واذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال أي بين رجلين (أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغلبا للذكور على الاناث لكان له وجهه واجبه لاقتضاء المقام اياه فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما منزلة الاعتاق لانها تنفد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كما لا عتاق لانها تنفد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة

المتبرع عليه هو المكاتب من وجهه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من وجهه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لو جوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده وله ما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أي البذل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كالوكاتباء فعجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قولها ما حيث آخره

(قوله والاذن لا يفيد) أقول أي على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى بوجبه وهو الحاق الضرر ببطء لان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله يبطلان متعلق بقوله الضرر وقوله للشريك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول يعني الحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول يعني عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيها المقتضى (قوله أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلانه عين) أقول فلم ينتف فيهما المانع (قوله وهو أي البذل) أقول أو العقد أو المكاتب ويؤيده قوله وقالاهم مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قولها ما حيث آخره) أقول فيه كلام لانه يابى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها الخ) وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم ووطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلاهما الأول بطريق التبين لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام الملك له فيه (٣٦٥) وصار نصيبه أم ولده بناء على أن

الاستيلاء في المكاتبية يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاء بالتملك نصيب صاحبه والمكاتبية لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المذبة المشتركة فان الاستيلاء فيها يتجزأ بالاتفاق والجامع أن كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبية قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاء فاذا لم يتم بعض الفسخ منفعة لا تنسخ الا بفسخ المكاتبية وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر أن غرضه على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا إلى الظاهر ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد لأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ونصف قيمتها لأنه تملك نصيبه

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم ووطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد الأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولده لان المكاتبية لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المذبة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد لأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لو طئها جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبهما اه (أقول) هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعاً لا يرى إلى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمتبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه ولعل قوله على مذهبهما وقع سهواً من قلم النسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتمام قال وكان المصنف مال إلى قوله ما حيث أخره اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه بأبي عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه (أقول) الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة العتاق ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة أحد الشرعيين باذن الآخر كما نحن فيه فنأين يثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل في كتابة المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تأخير دليله في البيان وقد عكس الامر ههنا فهم منه ترجيح قولهما لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو الخاص في أمثال هذا فلا محذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لانها وأجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لان ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة يناهض هذا الجواب قطعاً ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما يمت انتهى (أقول) لا ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فإنه وان أسلفه هناك تبعاً لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقيق

(٣٤ - تكمله سابع) لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لو طئها جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبقى الأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد

(قوله أي صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أي صحت دعوته أيضاً) أقول فيه بحث أيضاً (قوله لا تنسخ الا بفسخ المكاتبية) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة

ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد الاول عند أبي حنيفة لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك الابن اجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حر بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبه يعني قبل العجز جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها الاختصاصها بمنافعها وأبدوها اذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد الاول وهي مكاتبه ويعتق بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاء طلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذلك ما ثبت به ولهذا لا يكمل في القنة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ (٣٦٦) الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكملا للاستيلاء فيمالات تنضرب به المكاتبه وهو

ويكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر الى المكاتبه جاز) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها الاختصاصها بمنافعها وأبدوها اذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا (كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد الاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيمالات تنضرب به المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا

الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد أيضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والمحجوب بهذا الجواب الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهو المذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس يعيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال هـ لا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاء ووجه الجواب أن في تجويز البيع ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطالناها تنضرب به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في جعل مراد المصنف بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى الكلام المصنف هذا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة انتهى
اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطالناها تنضرب به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بيانا
لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر به وان كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسة ان الاوصاف الفارة الشرعية في الامهات تسرى الى الاولاد (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدير وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما بينهما قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبه المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع

أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تنق محلا لا يتبدل بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلا أي فيما وراءه ما لا تنضرب به وهو كونها أحق بأكسابها أو أكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انما قلنا ان أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا مكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال هـ لا فسخ في الكتابة في ضمن صحة

(قوله واذا صارت كلها أم ولده) متصل بقوله صارت كلها أم ولده وتفسيره انه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انهما مكتوبة بينهما دليل ماذكره أبو حنيفة انها تبقى مكتوبة بينهما فيما تنضرب به للإجماع على ماذكرناه ولا حد على وطئ مكتوبة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتفسيره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكتوبة له أي الاول قبل هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تنضرب به المكتوبة ولا تنضرب بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاء والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله (وفي ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تنضرب به المكتوبة وهي لا تنضرب بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد (٣٦٧) الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تنضرب المكتوبة بسقوطه فربحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكتوبة هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكتوبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكتوبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما ما يجب أقلهما انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليست فكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكتوبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكتوبة الى قوله فلتردد بينهما ما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابا واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما ما يجب أقلهما

للمولى وان كانت لا تنضرب المكتوبة بسقوطه فربحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكتوبة هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابا واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار

واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكتوبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تنضرب به المكتوبة ولا تنضرب بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تنضرب المكتوبة بسقوطه والمكتوبة هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكتوبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكتوبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما ما يجب أقلهما انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليست فكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكتوبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكتوبة الى قوله فلتردد بينهما ما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابا واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما ما يجب أقلهما

وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما ما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكتوبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكتوبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه

(قوله انها تبقى مكتوبة بينهما) أقول يخالف لقوله وهي مكتوبة له (قوله قبل هو جزاء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قبل (قوله على ما بينا) أقول يعني في شرح قوله ويبقى فيما وراءه (قوله في تعليل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعليل القولين

قال (واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدة لهما قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه بالعجزتين أنه تلك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي أم ولد الاول) لأنه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاد على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لأنه تلك نصفها بالاستيلاد وهو تلك بالقيمة (والولد الاول) لأنه صحت دعونه لقيام المصحح

(واذا كان الثاني لم يطأها
واكن دبرها ثم عجزت بطل
التدبير لعدم مصادفته
الملك أما عندهما فظاهر
لان المستولدة لهما قبل
العجز وأما عنده فلا نه
بالعجزتين أنه تلك نصيبه
من وقت الوطء فتبين أنه
أي التدبير (مصادف ملك
غيره والتدبير يعتمد الملك)
فلا يصح بدونه (بخلاف
النسب) فإنه ثبت من الثاني
ان وجد الوطء منه (لأنه
يعتمد الغرور) لا الملك (وهي
أم ولد الاول لأنه تلك نصيب
شريكه وكل الاستيلاد
على ما بينا) يعني في تعليل
قول أبي حنيفة وهو قوله
وتبين ان الجارية كلها
أم ولد الاول لأنه زال المانع
من الانتقال (ويضمن
لشريكه نصف عقرها
لو طئه جارية مشتركة
ونصف قيمتها لأنه تلك
نصفها بالاستيلاد وهو
تلك بالقيمة والولد
الاول لأنه صحت دعونه
لقيام المصحح) وهو الملك
في المكاتب

لأنه متيقن قال صدر الاسلام ولأنه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد عملكها
أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد
وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هـ ذاقولهما في المكاتب
المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف
يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الأقل من نصف قيمتها
مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية (أقول) هذا شرح
فاسد وتحرير مختل أما أولاً فلا نراه إذا كتب الرجلان عبدًا مشتركين كتاباً واحدة ثم اعتق
أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف مؤسراً كان أو معسراً خبط
فاحش إذ قد صرح في عامة المعتمرات حتى الهداية نفسها فيما سميأتي بعد نصف صفحة بأن قول أبي
يوسف في تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتباً إن كان مؤسراً ويستسمى
العبدان كان معسراً بناء على انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن المجائب قول صاحب
العناية في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة انه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار
والاعسار إذ لا يشبهه على أحد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أولم يرقول
صاحب الكفاية بعد شرح قول المصنف هنا انه ضمان تملك فأما إذا اعتقها أحدهما أولاً كان هذا
ضمان افساد الملك وأما ثانياً فلا نراه قول المصنف هنا انه ضمان تملك فاما إذا اعتقها أحدهما أولاً كان هذا
بدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك إذا اعتق أحدهما نصيبه مع
أن مانعاً عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتب المشترك كذا إذا عملكها أحدهما
بالاستيلاد وأما بالنسبة لانه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد مع حيث
قال وعلى هـ هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف
قيمتهما مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الأقل من نصف قيمتهما مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل
انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سيأتي صريح في أن محمد مع
أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتباً إذا كان مؤسراً دون الأقل منها
ومن نصف ما بقي من البذل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد
روايتان في مسئلة اعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما أحدهما ما ذكره المصنف فيما
سيأتي والاخرى ما وافقه قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاد وبدل عليه ما ذكره في بعض الكتب المعتمدة
كالكا في البدائع فان المذكور فيهما في مسئلة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الاخرى وهي ضمان
الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعده كلام المصنف
نفسه لصرف القياس الذي أقبحه في لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولهما معا * ثم أقول الوجه
عندي أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على

(وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما ما بقيت لانه لما استولاهما الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للآخر فلهما
 فلا يصح تدبيره وقد ذكرنا ايضا من قوله (ووجهه ما بينا) أى فى تعديل القولين أما طرف أبى حنيفة فقد ذكرنا أنفا من قوله وتبين ان
 الجارية الخ وأما طرفهم ما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده الخ (وان كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت
 يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليه عند أبى حنيفة وقال لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت فى الرق صارت كأنها
 لم تزل قنة والجواب فيه) أى فى اعتناق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف فى الرجوع) فان عند أبى حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق
 فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه (وفى الخيارات) عند أبى حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق
 وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار (وغيرها) يعنى
 الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبى حنيفة ان أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق
 فى الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانما لا يربان الاستسعاء (٢٦٩) مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا

يضمن نصيب الساكت
 وان كان معسرا سعى العبد
 لنصيب الساكت وأبو حنيفة
 رضى الله عنه يراه (كما هو
 مسألة تجزؤا لاعتناق كما
 تقرر فى العتاق) هذا اذا
 عجز (وأما قبل العجز فليس له
 أن يضمن المعتق عند أبى
 حنيفة) خلافا لهما وهو
 واضح ومبينه أيضا على
 تجزؤا لاعتناق وذلك (لان
 الاعتناق لما تجزأ عنده لم
 يظهر افساده نصيب
 الساكت ما لم يعجز فان أثره
 حينئذ أن يجعل نصيب
 الساكت كالمكاتب) وهو
 حاصل وانما يظهر ذلك
 اذا عجزت كما هو جب ذلك
 فى القنة فيوجب الضمان

وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال (وان كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت
 يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليه عند أبى حنيفة وقال لا يرجع عليها) لانها
 لما عجزت وردت فى الرق تصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف فى الرجوع وفى الخيارات وغيرها
 كما هو مسألة تجزؤا لاعتناق وقد قررناه فى الاعتناق فأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة
 لان الاعتناق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب
 صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا
 ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا
 كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذى دبره ضمن المعتق نصف
 قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن
 المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله)

قياس قوله فى مسألة الاعتناق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله فى تلك المسألة يرشد الى هذا المعنى
 قطعاً أسلوب تحرير المصنف حيث قال فى قياس قول أبى يوسف وفى قول محمد بزيادة لفظ قياس فى
 الاول وحذفه فى الثانى تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما
 ما بقيت لانه لما استولاهما الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للآخر فلهما الاستولاء
 وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغى أن يملكها عند محمد بالاقول من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة
 فليتأمل انتهى (أقول) يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالاقول من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة
 فيما اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار

(وعندهما لما لم يتجزأ اعتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتباً ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان اعتناق
 فيختلف باليسار والاعسار) قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه
 الآخر وهو موسر فان المدبر يضمن المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتناقه وان كانت المسألة بالعكس
 من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبى حنيفة

(قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيه أنه ينبغى أن يملكها عند محمد بالاقول من نصف القيمة ونصف بدل
 الكتابة فليتأمل (قوله لان الاختلاف) أقول يعنى بين أبى حنيفة وصاحبيه (قوله وغيرها الخ) أقول معطوف على قوله وفى
 الخيارات وقوله وفى الخيارات معطوف على قوله فى الرجوع (قوله يعنى الولاء وترديد الاستسعاء) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج
 عن الخيارات الاثلاث كترديد العتق قال المصنف (واذا كان العبد بين رجلين) أقول ليست المسألة من كتابة العبد المشترك وانما
 ذكرها استطرادا

ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فإذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبر الان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمة تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة الفن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه خروجاً عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعاً بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاء والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يملك شيئاً بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبراً وأبق فانه يضمنه ولا يملكه فكان ضمان حيولة بين المالك والمملوك (٢٧٠) لضمان تلك وان أعتقه أو لا يعني المسئلة الثانية كان للاخر الخيارات

ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر فثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبر الان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو فن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبراً وأبق وان أعتقه أحدهما أولاً كان للاخر الخيارات الثلاث عنده فإذا بره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسي (وقال أبو يوسف ومحمد اذا ذبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فبذلك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً) لانه ضمان تلك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته فقلنا لانه صادف التدبير وهو فن (وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لان الاعتاق لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد (ويضمن نصف قيمته ان كان موسراً) ويسمى العبد في ذلك ان كان معسراً الان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

الاداء قلتردد بينهما يجب أقلهما وهذا الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة وأما بعد زوالها فيصير ما أدته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البدل فانفصحت الكتابة فينشد يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمته بالاتفاق فليتامل انتهى

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

التدبير فالضمان يتعلق بعجز الحيولة بين المالك والمملوك لا بالتملك فإذا اعترض ضمان الحيولة على ما تعاق تأخير بالتملك سقط الضمان لقوات شرطه فصار مفوت الشرط بتقويته مبرئاً لصاحبه عما لزمه وبقى له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسي وقال أبو يوسف ومحمد اذا ذبره أحدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فبذلك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لانه ضمان تلك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته فقلنا ان تدبيره صادف وهو فن وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

(قوله فاذا ذبره الى قوله وهو ان نصيبه كان قنا) أقول الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله ذبر راجعان الى قوله للاخر في قوله لكان للاخر الخيارات الثلاث

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

الثلاث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما هو فاذا ذبره لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يبرئاً للمعتق عن الضمان لمعتق وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقاً بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك كان نصيبه مدبراً عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطاً بملك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتملك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلاً للتملك كما اذا أعتق أولاً أو غصب الفن فبات أو أبق وأما اذا لم يكن المحل قابلاً له وقت الاعتاق كما اذا تقدم

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لان هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المالك عن نعيم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة وان عجز المالك عن نعيم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يجعل بتعجيله وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظر اللجانين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع) فان المدعي عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة انه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لا يزداد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قد در صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كالمهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعي عليه أمهلني يوما أو ثلاثة أيام فانه مهل ولا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي (٢٧١) رضى الله عنه اذا توالى على المالك

نجمان رد في الرق علقه به
بهذا الشرط) فلا يوجد
دونه ولقاتل أن يقول هذا
استدلال بفهم الشرط
وهو ليس بناهض لانه يفيد
الوجود فقط والجواب
ما أشار اليه نفي الاسلام انه
معلق بشرطين والمعلق
بشرطين لا ينزل عند
أحدهما كما لو قال ان دخلت
هذين الدارين فانت طالق
(ولان عقد الكتابة عقد
ارفاق) مبناه على المسامحة
(حتى كان أحسنه مؤجلا
وحالة الوجوب بعد حلول
نجم) فلا ارفاق في الطاب
عنده (فلا بد من امهال مدة
ارفاقا وأولى المدة لذلك
ما توافق عليه العاقدان)
فان مضى النجم الثاني ولم
يؤد المال تحقق العجز عن

قال (واذا عجز المالك عن نعيم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يجعل بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظر اللجانين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضى الله عنه اذا توالى على المالك نجمان رد في الرق علقه به هذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسار أو أولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الامكان الاداء فلم يكن تأخيرا

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لان هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف على كالمهال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً لاشك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكالمهال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شيء وهو أن دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقه عليه بعد ان أدى سائر النجوم بأسرها اذا لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند امهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجماً واحداً في ضعف مدته ولا ريب انه أسره كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية انتهى (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذا نظر ان من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر ان في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى

أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما أن سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أي كون العجز سبباً للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى أي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضي أي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المالك اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الامكان الاداء فلم يكن تأخيرا)

(قوله والمديون بالجر عطف على قوله كالمهال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعي عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله قال المصنف (لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية

(قوله والا^١ نار من عارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبيان ذلك أنه روى عن ابن عمر أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الا^٢ نار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وبصار الى ما بعدها من الحجّة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ^٣ سماعا عن المعارض لان دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أخل بنجم عنه غير السلطان) المراد بالاختلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفق على تعيينه في أدائها فاذا أخل به ذا التعيين بنجم عند غير السلطان أى القاضي (فج) زفرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى وان لم يرض به العبد (٢٧٣) لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده

والا^١ نار من عارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان فعجز زفرده مولاه برضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كارد بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه) لانه ظهر أنه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزئه من أجزائه حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه أخذ علماء وناجحهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه

تكون الجملة شرطية (قوله والا^١ نار من عارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على رضى الله عنه بأن الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أى بالا^٢ نار للتعارض لان الا^٣ نار اذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار الى ما بعدها من الحجّة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ^٤ سماعا عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح (أقول) هنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الاصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الاربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الا^٥ نار من عارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقررت في الاصول أيضا ان القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس انتهى فاذا تعارضت الا^٦ نار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقررت في الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة لهم ما في اثبات ما ذهب اليه في جواب هذه المسئلة فليستأمل (قوله وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه)

(نام) ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج الى الرضا أو القضاء كارد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم ان فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء وجهها ان هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالأداء وتتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشبه به هذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهذا ينفسد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل

الكتابة فهو له والا فللمولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزئه من أجزائه حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في مال الكتابة وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما (وبه أخذ علماء وناجحهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه)

(قوله لان دليل أبي يوسف) أقول يعنى دليله المعقول (قوله وتتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية رقبة عند الاداء

واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد المات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس يعمل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلازم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد (ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان أن هذا النص في الحال معلول وبيان ما عيى هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بعلامته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالتهم بظهور أثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك (٢٧٣) من شروط القياس فان تعذر

ذلك فارجع الى الاصول الجديدة بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع وأمثلة فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجشوع على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدرة والا فابالك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذي ظهر عنده ذوى التحصيل عذره والحق بالآخرين أعمال الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد المات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لوجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أننى للمالكية منه للملو كية

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل قال صاحب العناية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبدا وما تركه فمولا وهو قول زبد بن ثابت رضى الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته على انه استدلال بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زبد بن ثابت رضى الله عنه كأنه قال أخذ بقول زبد بن ثابت واستدل لادعاء بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وأما ما في ذلك زبد بن ثابت رضى الله عنه كأنه قال لا أثر لزيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فامعنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه وأيضا ان الغاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناصر في عبارة المشروح (قوله بل أولى لان حقه آكد من حق المولى) قال صاحب العناية فله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقد لان العتق

(٣٥ - تكملة سابع) ووجه ذلك أن الموجب ابقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المفتضى والمانع أما المفتضى (لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه) وأما المانع فلان (الموت أننى للمالكية منه للملو كية) فان الملو كية ضعف والموت لا ينافيه لكونه مجردا صرا فحقا قويا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) اقول لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدلال بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) اقول بل هو متعذر الثبوت في الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقد) اقول هذا لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي (قوله والحاجة الى ذلك بعدم موت المكاتب ادعى) اقول الى في قوله الى ذلك متعلق بقوله ادعى وأشار بقوله ذلك الى اليبقاء والمعنى والحاجة الى البقاء ادعى الخ

(فينزل حياة تقدير) كما أنزلنا الميت حياة في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) فان قيل يلزم تقديم المشروط على الشرط أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كادائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل بقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بعقود عليه لما تقدم أن العقود عليه هو سلامة مالكية اليد (٢٧٤)

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء ثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خلفه كادائه فيستند الى ما قبل الموت وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختصار الشق الثاني من التريد وإضافة السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لانفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسببا عندنا في الحال بل عند وجود الشرط فاذن أسند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل من ارجع الى شرح الاتقاني ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع القهقري حتى يحكم بنبوته في الزمان المتقدم كدافي التوضيح في فصل المأمورية فوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء

فينزل حياة تقدير أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرفتموه في الخلافات

يبطل بموت العقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعدم موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعدم موت المكاتب ادعى من حيث المقنضى والمانع الخ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقيق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجوير كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب موت العاقد لان العقد يبطل بموت العقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية البدل كما صرح جوابه والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه ما ذا فلا مجال لان يكون كلامه هـ اذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد هـ لالة المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتاج لجواز به يكون الحاجة ادعى الى ابقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تفيد المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى (أقول) ليس هذا بنام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه الا يرى الى قولهم في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبده آخر ما ولا غائب بأن يقول العبد كاتبني بأف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزيل بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حياة تقدير أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كادائه) هذا الشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من التريد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أئمتنا أحدهما انه يعتق بعد الموت بأن ينزل حياة تقدير كما أنزلنا الميت حياة في حق بقاء التركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا وما لا كرامة متقا في نسل موت المولى وثانيه ما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كادائه بنفسه هـ اذ ازيد ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام * ثم أقول من الهائب ههنا أن صاحب الاصلاح والابضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثنا عشر تعليلا

وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) أقول ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر أئمتنا والحق أن تجعل إضافة السبب الى الاداء بيانية وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفع لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بعقود عليه) أقول واهـ انما لم يتعرض له لان سلامة مالكية اليد كانت بغيره اذ لا مالكية للميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا حكما مشتركا كما لا يخفى والجواب أن ما حصلت له بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد امولود في الكتابة الخ) الولد المولود في الكتابة يسمى في كتابة أبيه على نجومه ان كان مفلسا بالانفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما وقال أبو حنيفة رحمه الله قيل له اما أن تؤدي الكتابة حالة أو ترد رقيقا هما اعتبارا بالمولود (٢٧٥) بجامع أنه يكاتب عليه تبعاله ولهذا

ملك المولى اعتاقه كالمولود فيه بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في اكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لا نه لما اشتراه دخل في كتابته فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزئه من أجزاء حياته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا في ذلك الوقت لانه تبع لاسيه في الكتابة فيكون ذلك تورث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما أن يكون صغيرا أو كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لاسيه وان كان كبيرا جعل كشخص واحد لا اتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني آخر جزئه من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ)

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد امولود في الكتابة سمي في كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمه بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولدا مشترا في الكتابة قيل له اما أن تؤدي الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبي حنيفة وأما عندهما يؤديه الى أجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعاله ولهذا ملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولا يبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل ثبت شرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يصف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانه فصله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سمي في نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته في آخر جزئه من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لاسيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لاسيه وان كان كبيرا جعل كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديننا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقتضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب)

أعنتنا في هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا وتستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية هذا من تمام التعليل فن قال أو تستند فقد أخطأ انتهى وفسر القائل في حاشية صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرهما من الكتب المبسوطة أن الخطئ هو هذا الخطئ فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المستقلين في اثبات قول أعنتنا في مسئلتنا هذه فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو لعل منشأ غلط ذلك الخطئ الخطئ انه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معارضة فخطأه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وأنه لا محذور في تمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة أبيه وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالاً لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فسلان دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس اسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتب الولد باشرائه اياه تحقيقا لقوله بقدر الامكان كما أن الحر اذا اشترى ولده يصير معتقاًه بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالاً ليس لأجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب اذا ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا جعل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية

مات المكاتب وله ولد من حرة الخ

قال المصنف (ولا يسرى حكمه اليه) أقول فيه بحث

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما ما وصو رتهما مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبته
فالكسابة باقية وولاء الولد موالى الام أما بقا الكسابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعقبة حتى
يؤدى البذل وانما قصد بالدين لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال وأما أن الولاء موالى الام فلانه لما لم
يحكم بعقبة لم يظهر للولد ولقاء في جانب أبيه فان جنى هذا الولد جنابة وقضى به أى بموجب الجنابة على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بهجر
المكاتب وفسخ الكسابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكسابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يطله أما أنه يقرر حكم الكسابة فلان الكسابة تستلزم
الحاق الولد بموالى الام وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجر ولا عاقبة الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب
انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك
الولاء فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر رشيلاً لا يطله فلا يهود على موضوعه بالنقض
(قوله وان اختصم موالى الام الخ) (٣٧٦) هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالى الاب وموالى الام

فقال موالى الام مات رقيقاً
والولاء لنا وقال موالى الاب
مات حراً والولاء لنا فقضى
بولائه لموالى الام فهو قضاء
بالعجز وفسخ الكسابة لان
هذا الاختلاف اختلاف
في الولاء مقصودا وهو واضح
وذلك ينبنى على بقاء الكسابة
وانتقاضها فانها اذا فسخت
مات عبد واستقر الولاء على
موالى الام واذا بقيت واتصل
بها الاداء مات حراً وانتقل
الولاء الى موالى الاب وهذا
أى بقاء الكسابة وانتقاضها
فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ
ما يلاقى من القضاء واذا
كان القضاء بالولاء نافذاً
انفسخ الكسابة لانتفاء
لازمها وهو احتمال جبر الولاء
لما تقدم في المسئلة الاولى
ان ذلك جزء لازم والشئ

لان هذا القضاء يقرر حكم الكسابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وإيجاب العقل عليهم لم يكن
على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تمييزاً (وان
اختصم موالى الام وموالى الاب في ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف
في الولاء مقصودا وذلك ينبنى على بقاء الكسابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبد واستقر الولاء على
موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ
ما يلاقى من القضاء فلهذا كان تمييزاً

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق
بين كل مسلتين والام تكونا مسلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق
بينهما انما وجه تخصيص عليهما بيان الفرق بذكر هاتين المسلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسلتين
خفى فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليته بذكرهما فلنا خفاء الفرق أيضاً متحقق في كثير من
المسلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضاً لو كان ذكرهما المجرد بيان الفرق بينهما مالم يستحق
واحدة منهما مالم لا ذكر منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة
بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهومى هاتين المسلتين ظاهر غنى عن البيان وانما المحتاج الى
البيان هو الفرق بين عليتهما ما وبيان الفرق بين عليتهما ما انما وقع في الهداية وهاتان المسلتان أنفسهما
مذكورتان في البداية أيضاً بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما مالم كان لبيان
حكمهما في أنفسهما وبفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كفى سائر المسائل (قوله لان هذا
القضاء يقرر حكم الكسابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل
أن يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تمييزاً) قال صاحب العناية في حل
هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكسابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يطله أما أنه يقرر حكم الكسابة فلان

ينتقى بانتفاء جزئه قيل فسخ الكسابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطالان وفي
صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكسابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلان أرجح وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لانه
اذا لاقى فصلاً مجتهداً فيه نفذ بالأجاء وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهي قوله وان اختصم موالى الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء) أقول أى على مذهبنا
(قوله مات رقيقاً الى قوله مات حراً والولاء لنا فقضى بولائه) أقول الضمير المستتر في مات رقيقاً والمستتر في مات حراً راجعان الى الاب والضمير
في قوله بولائه راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تينك
الطائفتين قرار الولاء عليه فاختصاصهم بالحقيقة فيه فلا يرد أن يقال يتصور الولاء لموالى الام على تقدير بقاء الكسابة قبل اتصال الاداء فلا
يستقيم قوله وذلك ينبنى (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله للعلة ظاهراً فانه جعل احتمال
جبر الولاء لازماً في المدعى وجزء اللازم في الدليل وتوجيه غير خفى كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

فاما أن هجر بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضا عن العتق وتبديل السبب كبديل العين أصل ذلك حديث بركة رضى الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهي مكتوبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنى أو هاشى فانه لا يطيب له وما لان المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك وتطهيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثانى فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا هجر ملك المولى كسابه ملكا مبتدأ ولهذا أوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا أجزأ منه نظرا ثم عجز وكذا عند أبي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في أ كسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا أجزأ المكاتب أمته نظرا ثم عجز لا يوجب نسخ الاجارة

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بركة رضى الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح لغنى والهاشى لان المباح له يتناوله على ملك المبيع وتطهيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه بطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

الكتابة تستلزم الطلاق الولد الى الام وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيحجر ولأبائه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع مع المانع من اثباته منه كما اذا كذب المكاتب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلهذا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه (أقول) في تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله ثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملزومه ممنوع اذا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لمواز أن يكون اللازم أعسم من الملزوم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان إيجاب العقل على موالى الام يتحقق في صورة أن يقضى بهجر المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب * ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس مطلقا إيجاب العقل على موالى الام بل إيجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيحجر ولأبائه الى مواليه وإيجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفى هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جزى الولاء كما صرح به في المسئلة الثانية ولكن بقي ههنا شيء وهو ان المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جنسية الولاء على عاقلة الام قضاء بهجر المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخلو التعليق المذكور عن نوع المصادرة فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) وتبديل الملك بمنزلة تبديل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبديل الملك فلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك السيد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا بتبديل الملك للمولى كذا قال جهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لاننا لنسلم ان ذلك تبديل ولئن كان فلانسلم ان من له بمنزلة تبديل العين اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر أن الثاني أقوى من الاول فلا يفسد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا من محض كآثرى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبديل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضى التبديل بل هو عين التبديل وان منع كون مثل هذا التبديل بمنزلة تبديل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبديل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية وله لالولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبديلا اه ورد عليه الشارح العيني بأنه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول)

لان الخبث ليس في نفس الصدقة والالما فارقها أصلا وانما الخبث في فعل الاخذ اذ لا يكونه اذ لا يله ولا يجوز للغني بلا حاجة ولا
 له اسمى لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كالمسكين اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ما مأخذا من
 الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ
 قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى كسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في كسابه وبالعجز
 يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأنى يتحقق تبدل الملك وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان
 مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب (٣٧٨) فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف

في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك
 وليس ذلك الا بتبدل الملك
 للمولى وفيه نظر لانا نسلم ان
 ذلك تبدل وان كان فلا نسلم
 ان مثله بمنزلة تبدل العين واعل
 الاول أن يقال المولى لم يكن
 له ملك يد قبل العجز وحصل به
 فكان تبديلا قال (واذا جنى
 العبد فكاتبه مولاه الخ) اذا
 جنى العبد فكاتبه مولاه
 ولم يعلم بالجناية لم يجعل
 مختارا للفداء ويجب عليه
 قيمته أما الاول فلهذا علمه
 بالجناية وأما الثاني فلان
 الدفع قد تعدد بفعله وهو
 الكتابة كالباع وهو لا يعلم
 بالجناية فان عجز خير المولى
 بين الدفع والاداء والفداء لان
 هذا أي أحدهما من الامرين
 موجب جناية العبد في الاصل
 والموجب الاصل لا يترك الا
 بما نفع فان الاصل عبارة عن
 حالة مستمرة لا تتغير بالامور
 ضرورية والمانع عنه حال
 الكتابة قائم أمان الفداء

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ اذ لا يكونه اذ لا يله ولا يجوز للغني من غير
 حاجة ولا له اسمى لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كالمسكين اذا وصل الى وطنه والفقير
 اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ما مأخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب
 واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه
 يدفع أو يفدى) لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير
 مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصل

هذا أيضا كلام لغوا وان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبديل بالنظر الى ملك اليد وهو
 كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والصواب في الرد عليه ههنا
 أن يقال هذا الذي ذكره في المال عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوه والنظر عليه مع
 ما في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم بتبدل ملك البس دون بقاء ملك الرقبة بأن
 ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهي التبديل أولى من اعتبار حال
 المغلوب وهي البقاء فلا وجه ليراد النظر على ذلك الجواب وذكره من عند نفسه وادعاءه أولى من ذلك
 (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال
 بعض الفضلاء فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذهما
 كما لا يخفى اه (أقول) ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير
 حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث اذ لا فرق في ابراث الخبث
 بين أخذ من واحد وأخذ من آخر اذا وجد الادلالات بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه
 الاخذ لامن يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان كسابه ملك مولاه عند أبي يوسف فبالعجز
 لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بأبن السبيل اذا
 وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ما مأخذا من الصدقة فان قلت لاشك انه كان
 للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالعجز انتقل
 ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضروري
 والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذا ولو سلم أن يعد ذلك أخذا فاللازم فيما نحن فيه عند أبي يوسف

فلما من عدم العلم وأمان الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصل اخذ

قال المصنف (ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة ولا له اسمى لزيادة حرمة) أقول فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب
 لهما عنده اذ لا أخذهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول تعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف (قوله وفيه
 نظرا لانا نسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله
 حلالا طيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا ليدون هذا التبديل كما في ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمثله أولى (قوله ولعل
 الاول أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور
 فيه فليتامل (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته) أقول أي اذا كان قيمته أقل من
 أرض الجناية والا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرض الجناية ثم اعلم ان الضمير في قوله عليه راجع الى المولى

وكذلك أي وكامر من عود الحكم الاصلى اذا جنى المكاتب ولم يقض به أي بموجب الجناية حتى يحزم ما ينشأ من زوال المانع وان قضى به أي بموجب الجناية عليه أي على المكاتب في كتابته ثم يحزم فهو أي ما قضى به من موجهين في ذمته ببيع فيه واعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فإنه يسمى في الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن أرش الجناية ألا ترى ان في جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمته ما ومن أرش الجناية لأنه أحق بكسبهما هكذا كره الكرخي رحمه الله وغيره واذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلى وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلى صيانة للقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقد رجح اليه أبو يوسف رحمه الله آخره وكان يقول أولا ببيع فيه وان يحزم قبل القضاء الا أن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية واما القول بالموجب وهو أناس لما ان المانع من الدفع قائم ولكن (٣٧٩) الكلام في أنه قابل للزوال أولا

ولاشك في قبوله لا مكان انفساخ الكتابة وعدم تبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فخارجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لا مكان عود الموجب الاصلى فصار كالعبد المبيع اذا أتى قبل القبض فإنه يتوقف

(وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى يحزم) لما ينشأ من زوال المانع (وان قضى به عليه في كتابته ثم يحزم فهو دين ببيع فيه) لان انتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجح أبو يوسف اليه وكان يقول أولا ببيع فيه وان يحزم قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أتى قبل القبض فيتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهم لا يقبلون لان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كي لا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذا الكتابة بسبب الحرية وسبب حق المرحومة (وقيل له اذا مال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء

أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سببا للعبث انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغنى أو الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فخارجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال

الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاء لانهم لا يقبلون لان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لانها سبب حرية وحرية حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرحومة لا فضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنسخ كي لا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له اذا مال الى ورثة المولى على نجومه أي مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان مريضاً تصرفه بتأجيل الكل كسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضاً وكتبه فان المكاتب يؤدي ثلث القيمة حالا أو يرد رقيقا لانه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كسقاطه (قوله الا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البديل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغيرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما أن سائر الديون يخلفونها فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة

(قوله وكذلك أي وكامر من عود الحكم الاصلى) أقول والاولى أن تجعل الإشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه في عود الحكم الاصلى (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قال آنفا ان الموجب الاصلى أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم ان قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

(فان أعتقه أحد الوارثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذا المكاتب لا يملك بساير أسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان أعتقه جميعا عتق) استقصانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان أن يصير اعتاقهم إبراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه بطريق الارث فيه (٢٨٠) (واذا برئ المكاتب عن جميع) (بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قيل فاجعل اعتاق أحد

الورثة إبراء عن نصيبه قلنا لا يصح لاننا نجعله إبراءا اقتضاء تصحيح العتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض البذل أو أدائه لافي بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البذل وإلهذا الوأبرأ المورث عن بعض البذل لم يعتق منه شيء وإذا لم يمكن إثبات المقتضى لا يثبت المقتضى فلا وجه لإبراء البعض وكذلك إلى إبراء الكل لحق ببقية الورثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأمر على المؤثر والولاء في اللفظة عبارة عن النصرة والحببة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال

(فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بساير أسباب الملك فكذا بسبب الورثة وان أعتقه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير إبراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه المولى الا أنه اذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه لاننا نجعله إبراءا اقتضاء تصحيح العتقه والعتق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لافي بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إبراء الكل لحق ببقية الورثة والله أعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة

الانتقال لامكان عود الموجب الاصل اه كلامه (أقول) فيه بحث اذ المانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء بأضامع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم يجوز أن لا يمنع ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولا فن أين يثبت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد أن قال ان المانع قابل للزوال للتردد أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريق على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة وكان صاحب الكافي تنبيه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصل إلى الا بالقضاء أو الرضا

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة عند أدائه بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق أيضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساق التكاثر إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأمر على المؤثر ثم ان الولاء لفظ مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقه وولاء الموالاة لان حكمهما ما هو والارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والحببة الا أنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدرابة (أقول) فيه فتور أما أولا فلا لأن الظاهر ان الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقه وولاء الموالاة لاصفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذا اشتقاقهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلا لأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لانفسهما لا يخفى على النطن ان المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشئ وسيلة إلى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقه وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية بالولاية في اللفظة عبارة عن النصرة والحببة وهو مشتق من الولي وهو القرب

(الولاء نوعان) يتوع الولاء باختلاف السبب إلى نوعين فالأول (ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة) فتفاء بقوله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي بالاعتاق وهو زيد

كتاب الولاء

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثه كان الولاء له وولاء موالاه وسببه العقد وله ذاقال ولاء العتاقه وولاء الموالاه والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالخليف مولى الموالاه لانهم كانوا يؤكدون الموالاه بالخلاف

وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اه (أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمجبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن يجديين اللفظين تناسباً في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمجبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهم موالاه أي قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لغة كاحمة النسب أي وصلة كوصلة النسب اه فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمجبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقاً من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمجبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقه وولاء الموالاه اه وقال في التبيين هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ثم قال أو من الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمجبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقه وولاء الموالاة اه فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمجبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين واخلاق بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثه كان الولاء له) انما قيد بقوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء انما عتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه ولا اعتاق هناك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه لا يرى أنه يقال ولاء العتاقه ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء انما عتق فالمراد أن الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقاً بدون العكس هذا زبد ما في جملة الشروح ههنا وقال في البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلًا بصلته وهو الاعتاق أو ما يجري مجرى الاعتاق شرعاً كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صلته بأن ورث قريبه وسواء عتقه تطوعاً أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت وسواء كان صريحاً أو مجزئاً الصريح أو كناية أو مجزئ مجزئاً كناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء انما عتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلاً في حق الصور الزبورية كما هو المحل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصلًا بغير صلته كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام الولاء انما عتق فليتامل في الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما ما الشرعي اه (أقول) فيه بحث اذ ليس مفهومهما ما الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزيور وغيره وبه هذا الخصوص يمتاز مفهومهما ما الشرعي عن مفهومهما ما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما ما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصه بما هو المعبر

بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء انما عتق وانما كان ذلك صحيحاً لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثه كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سبباً أولى لعمومه والثاني ولاء موالاه وسببه العتق قد عني ما سئذ كر (قوله وله ذاقال يقال ولاء العتاقه وولاء الموالاة) بيان اسباب النوعين فان كلامهم ما يضاف الى شئ والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله (والمعنى فيهما التناصر) بيان مفهومهما الشرعي (قوله وكانت العرب تناصر بأشياء) بيان وجوه التناصر فيهما فان العرب كانت تناصرهم ما وبالحلف والمناطاة (و) قد (قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالخليف مولى الموالاه لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالخلاف)

(قوله استدلالاً بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ويجي جواب استدلالهم بعد سطور (قوله فجعل العتق سبباً أولى لعمومه) أقول الا صواب تبديل الاولى بالصواب (قوله

قال (واذا أعتق المولى مملوكه الخ) (٢٨٣) اذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال

قال (واذا أعتق المولى مملوكه فلولاه) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به في عقله وقد أحياءه معنى بازالة الرق عنه في ربه ويصير الولاء كالولاد

في مفهومه ما شرعى على انه لو كان مراده بيان مفهومه ما لغويا كان أو شرعيا قال ومعناها التناصرون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منه الا بيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما ما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله واذا أعتق المولى مملوكه فلولاه لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق) قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك أن المطلوب به هذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم القريب والصواب أن وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولام الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلامى الجنس والاختصاص على اختصاص جنس الحمد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل لال الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثى أصلاً في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيراً من مصادر المزيادات يصلح له لما لا يصلح له مصادر الثلاثى ألا يرى أن الاعتاق مشتق لا يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به في عقله وقد أحياءه معنى بازالة الرق عنه في ربه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به أى بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياءه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلق بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياءه معنى ومن أحياءه معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره الدليل لخلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر أن الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم وأيضاً قد استدلل على أن من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقر في موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومرفى هذا

أن الحكم اذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق وقوله (ولان التناصر به) أى بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياءه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلق بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياءه معنى ومن أحياءه معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه ثبت أنه يعقله في ربه لان الغنم بالغرم

(قوله ووجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق) أقول وأنت خير بأن المراد من قوله واذا أعتق الخ ليس بيان علة

الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الاصل الخ) أقول فيه تأمل

فقوله (ولان الغنم بالغرم) بخدم الوجهين فلهذا أخره (قوله وكذا المرأة تعتق) (٢٨٣) يعني ان ولاعة معتقة هالها المارويين من قوله

صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهم) معطوف على قوله المارويين ما عني ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روي أن بنت حمزة رضي الله عنهم ما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوى في ثبوت الولاء لاعتق عمال وبغيره) والعتق بقرابة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاء بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهشة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أي يكون حرا ولا ولا يمينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسألة جبر الولاء بين مواضع الجبر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا لأمه ثم أعتق الأب جروا له ابنه

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق المارويين ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهم ما عني ما عني بنت فجع - ل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوى فيه الاعتاق بعمال وبغيره لا طلاق ما ذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق وولأؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما يشر من السبب وهو الكتابة وقد قرناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصي بعد موته كفعاله والتركعة على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مديروه وأمها وأولاده) لما بينا في العتاق (وولأؤه لهم) لانه أعتقه بهم بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولأؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرفا عتق مولى الأمة) وهي حامل من العبد عتقت وعتق جملها وولأؤه للمولى لان المولى لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الأم مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عما يماروينا

الكتاب أيضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغنم هو المنتصر بشخص والغرم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا للغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان التناصر به في عقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالعكس بسبب اعتاقه اياه في عقله أي في عقل المعتق بالعكس المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقر في كتاب المعامل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم بخدم الوجهين فلهذا أخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه أما أولا فلما تبيننا عليه فيما مر ان الغنم انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلا تفتقير قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به في عقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أن الوجه الاول قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجهين معا ل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياء معنى بازالة الرق فكانه قال لانه أحياء معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم بحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سياتي ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهم الخ معطوف على قوله المارويين ما عني كما صرح به الشارح المارويين وغيره هناك وتطاول هذا أكثر من ان تحصي (قوله) واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرفا عتق مولى الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق جملها وولأؤه للمولى لان المولى لا ينتقل عنه أبدا) هذا لفظ التدويري قال المصنف في تعليقه لانه عتق على معتق الأم مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عما يماروينا وقال الشراح انما صار الحمل معتق مقصودا لان المولى قصد اعتاق الأم والقصد اليه بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتق مقصودا اه (أقول) يرى المخالفة بين ما ذكرنا ههنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق

الى مواليه وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولأؤه هاله فان أعتق الأب بعد ذلك لا يجبر ولاؤه لانه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا كالمالك الأم والعق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

واذا اعتقت الام وهي حامل أو اعتقت وولدت بعد العتق لأقل من سنة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم اعتق الأب رجل آخر فمكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الأب لان المولى قصد اعتناق الام والقصد اليها بالا اعتناق قصد الى جميع أجزائها والجل جزء منها فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتناق فواضح وان ولدت لأقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهم ما يتعلقان معا فان قيل الجلي اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاد المولى الأب فما الفرق أجيب بأن الجنسين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بحل له واذا اعتقها ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر فولد لموالى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام (٣٨٤) الجل وقت الاعتناق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعه للام لان اتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان

أعتق الأب رجلا ولدا ابنة الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لجة كالجمعة النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه عاذا تنساب الولاء اليه ونقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الأب والجواب أن العود اليه بعود الالهية ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد

(وكذلك اذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الجل وقت الاعتناق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لانهم ما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبل والزوج والى غيره حيث يكون ولاد المولى الأب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولد لموالى الام) لانه عتق تبعه للام لان اتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتناق حتى يعتق مقصودا (فان اعتق الأب رجلا ولدا ابنة وانما قيل عن موالى الام الى موالى الأب) لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعه للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كالجمعة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام وان اعتق الأب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعا

فانه قال هناك وان اعتق حاملا عتق جملها تبعها لها اذ هو متصّل بها اه والظاهر منه أن يصير الجل معتقا تبعا بالنسبة لا مقصودا فليتم امل في التوفيق (قوله فان اعتق الأب رجلا ولدا ابنة وانما قيل عن موالى الام الى موالى الأب) قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته قلنا لا يفسخ ولكن حدث ولدا أولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه في الارث لا يبطل تعصبيه ولكن يقدم عليه اه وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر (أقول) في الجواب اشكال وهو انه لو لم يفسخ الولاء بل قدم عليه ولدا أولى منه في الارث لزم أن ترث موالى الام عند انقطاع موالى الأب بعد انتقال الولاء عن موالى الى موالى كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والأب ولم يرو عن أحد أن ترث موالى الام بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم اعتق الأب يجر ولدا ابنة من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجر ولدا ابنة الى موالى نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولدا

الولد

الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمه الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعا

(قوله واذا اعتقت الام وهي حامل) أقول أى ظاهرة الجل كما يشير اليه قوله فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتناق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتناق) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للعلل فالظاهر أن بقول فولد لموالى الام تبعا حتى تحصل المطابقة (قوله ونقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقص على قوله اذا لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتناق يعتق الجل تبعا ويجر الأب ولدا فانما اذا جاءت به لا أكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير وإذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعالا لمهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحق ووالى الام ضرورة كفاي ولد الملاعنة على ما ذكرنا (فان أعتق الاب جروا لاء الاولاد الى نفسه) لما بينا (ولا ير جمعون على عاقلة الاب بما عاقلوا) لانهم حين عقلاه كان الولاء بابناتهم وانما ثبتت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون

الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالة من الميت والى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائنا فحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعي فملك لا يصير مراحعا بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه ما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فماتت عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد لمولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الالهية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراحعا بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا بمرأته وذكرك لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا بمرأته وذكرك لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولادها أولادها الموالها عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وأموالهم لهم لا لذوي أرحامه حتى لو ترك هذا الولدعة أو خالة لم يكن لهم ما شيء في وجود معتق الام وعصته وعند أبي يوسف رجه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولا عتاقة وانما يورث ماله بين ذوي أرحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي أمه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب أن يسبى ذوي الاب الحر والعبد وليس كذلك أجاب بأن العبد هالك معنى (٢٨٦) لانه لا يملك شيئا ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى

أومن كان ميتا فأحييناه
نصار حال هذا الولد في
الحكم حال من لأب له
فينسب الى موالي الام وهذا
المعنى معدوم اذا كان الاب
حر لان الحربه حياة باعتبار
صفة المالكية والعرب
والعجم فيه سواء ووجه
قولهما ما ذكره في الكتاب
ومعنى قوله حتى اعتبرت
الكفاءة فيه ان الناس
يتفخرون بالعتاقة
ويعتبرون بها في الكفاءة
فمن له أب واحد في الحربه
لا يكون كفوا لمن له أبوان
فيها والنسب ليس كذلك
فان العجم قبل الاسلام لم
يعتبروا ذلك وكان تفاجرهم
بعمارة الدنيا حتى جعلوا
من له أب واحد في الامارة
كفوا لمن له أبوان في ذلك
قال المصنف رجه الله
(الخلاف في مطلق المعتقة)
وانما قال ذلك لان محمد
رجه الله ذكر المعتقة مطلقا
حتى لو تزوج بمعتقة غير
العربي كان كذلك فكان
وضع القدوري في معتقة
العرب اتفاقا وذكرا لفظ

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاد فاولادها أولادها الموالها عند أبي حنيفة رجه الله وهو قول محمد رجه الله) وقال أبو يوسف حكم أبيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبد لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهم ذالم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالي أمهم وقال أبو يوسف مواليهم موالي أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصارت كل مولودين واحد من الموالى وبين العربية ولهما أن ولاد الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى

فتأمل (قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبد لانه هالك معنى) لانه لا يملك شيئا ولان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه أى كافر أهدىناه فصار هذا الولد كأنه لأب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شيء وهو أنه ان كان المراد بكون العبد هالك معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه أن مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر أثر الولاء لهم بعد موته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لأب له ينتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتج اليه بأبيه العبد من الاقارب الاحرار كالأجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبد الكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر أن الامر ليس كذلك اذ قد تقر في كتب الفرائض أن المحروم من الميراث كالكافر والقائل والرقبي لا يحجب من هو أبعد منه عند امتناع جيعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا أن يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبد لانه لأهلية له لرقه كما مر فلا تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولاد العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهم ذالم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول افاضل أن يقول ظاهر هذا التعليق يقتضى أن يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لا ولادها بل على أصحاب الفرائض لهم اذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب

الجامع الصغير بيان أن محمد رجه الله ذكر المعتقة مطلقا ولا شمله على ولاد الموالاة وذلك واضح في الكتاب (قوله كل مولودين واحد من الموالى) يعنى العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت أولادا فانها تنسب الى قوم أبيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة

(قوله لا لذوي أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت الى قوله والنسب ليس كذلك) أقول فيه بحث (قوله وانما قال ذلك) أقول يعنى وانما قال المصنف ذلك

وقوله (وان كان الابوان) أي الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجل ففيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (ف) قد أجمعوا أن (النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لجهة كلمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرقة أي بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الانسان عسبة ومنه قولهم الذ كرى عصب الانثى (وهو) أي مولى العتاقة (أحق بالميراث من الامة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير لك وشركه ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنعك فهو خير له لانه انتدب الى مآذب اليه وشرك لانه أصل اليك بعض الثواب في الدنيا فتقتص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى لك ثواب العمل كله في الآخرة وشركه لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عسبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما) (٢٨٧) على سبيل العسوبة مع قيام وارث)

هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعسبة هو الذي يأخذ ما أبقت الفرائض (واذا كان عسبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى) لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عسبة وارث عسبة استدللا بإشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت أنت عصبته وبالحديث الثاني أي بحديث بنت حمزة فتأخر عن العسبة دون

وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصرقة أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من الامة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير لك وشركه ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العسوبة مع قيام وارث واذا كان عسبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه (فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عسبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العسبة دون ذوى الارحام قال (فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عسبة من النسب فيرثه للمعتق) تأويله اذ لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عسبة على ما روينا وهذا لان العسبة من يكون التناصير به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعسبة تأخذ ما بقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فيرثه لبيت المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبين) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره أو جرولا معتقهن وصورة الجرح قد منهاها

الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم في الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العسوبة أو جهة الفرض موالى اعتناقه لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع أن المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقا مؤخرون في الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوى الارحام فليتأمل في التوجيه

ذوى الارحام (وان لم يكن له) أي للمعتق (عسبة من النسب فيرثه للمعتق تأويله) أي تأويل قول القدوري (اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه) وذكرنا هذه الجملة تأويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان له ما حلالا سوى حال الفرض وهي العسوبة أما اذا كان فله أي فمثل هذا الوارث الباقي بالعسوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالنبت أما اذا كان مثل ذلك فله للمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني أوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله (لانه عسبة على ما روينا) وهو إشارة الى قوله ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وهذا) إشارة الى قوله لانه عسبة يعني انما كان عسبة (لان العسبة من يكون التناصير به لبيت النسبة) أي القبيلة وتقريره العسبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصير بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصيرهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعسبة تأخذ ما بقي) تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عسبة والعسبة تأخذ الباقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فيرثه لبيت المولى دون بناته) لما ذكره في الكتاب وقوله (قدمناها) إشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها الا أكثر من ستة أشهر الى أن قال جبر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جبر المعتق ومعتق المعتق في النهاية تأقلا عن الذخيرة فليطلب منه

(قوله التعصيب هو جعل الانسان عسبة الخ) أقول والظاهر أن المصدر هنا بمعنى الفاعل

(قوله ولان ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء من أعتق أو أعتق من أعتق وتقر به ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه عليه اذ ذلك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاها لان المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لافرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة والنصرة بالذ كوردون الاناث حتى لو ترك المولى ابنا فلولاء الابن عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وضورته امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فغيراته للابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف وأولاهم رجع فقال لا يبي السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها كالبنة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصرح محرروا عند ميراثها فكذا (٣٨٨) عن ميراث معتقها ولهما أن اقرب العصباء يقوم مقام المعتق بعدموته في ميراث المعتق

والابن هو العصبية دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاها اباه وأخاه لاب وأم وأولاد كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يورث الاخوة والاخوات فابن جد عند اقرب في العصوبة ولو أن امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وترك ابنا وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالمراث لابنها دون أخيها الماذ كرنا أن الابن اقرب في العصوبة لان عقل جنابة المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها وجنابته على قوم أبيها فكذلك جنابة معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو

ولان ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكية وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابنا فلولاء الابن عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقربهم ما عصبوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها الماذ كرنا لان عقل جنابة المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بني ابن آخر (غير الميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر) هو المروى عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولأء الموالاة

فصل في ولأء الموالاة آخر ولأء الموالاة عن ولأء العتاقة لان ولأء العتاقة قوى لانه غير قابل للتحويل والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولأء الموالاة فان للولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولأء العتاقة الاحياء الحكمة ولا يوجد في ولأء الموالاة احياء أصلا ولأن ولأء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوى الارحام بخلاف ولأء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولأء الموالاة وقال لا ولأء الاولاد العتاقة وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يدرجل فيقول الذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني ان مت فإرائي لك وان جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الا آخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره

ترك المولى ابنا وبني ابن آخر غير الميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر وهو المروى عن عدة من الصحابة علي وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لافي السن على ما قالوا ألا ترى أن المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع

فصل في ولأء الموالاة آخر ولأء الموالاة عن ولأء العتاقة لان ولأء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى بخلاف ولأء الموالاة فان للولى فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا

(قوله وكل من ثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه عليه) أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شيء والضمير في قوله وفي قوله لانه راجع الى من والضمير في قوله عليه راجع الى قوله شيء (قوله وضورته امرأة أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبية دون الاب) أقول فضلا لأن يكون اقرب العصباء (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعني مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يد رجل ويقول له أو لغيره واليتك على أني انمت فبرائي له وإذا جنيت فعقل عليك وعلى عاقلتك وقبل إلا خرمته وله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه (٢٨٩) والثالثة أن لا يكون عربيا فإن قبل من

شرط العقد عقل الأعلى وحريته فإن موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثا أوجب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلته الأعلى إذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير

(قوله وله ثلاث شرائط أحدها الخ) أقول صرحوا بأن الابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بموالاته إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافق (قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول فيه بحث فإن الشرط الأول يعني عن هذا (قوله) فإن قبل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته) أقول فيه بحث فإن العقل والحرية أيضا يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور أو اذن المولى والمولى (قوله) فإن موالاة الصبي والعبد باطله

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فإن مات ولا وارث له غيره في ميراثه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشئ لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وإنما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به بحيا ومماته وهذا يشير إلى العقل والارث في الحالتين هاتين ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لأنه مستحق

إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى (أقول) فيه كلام أما أولها فلا لأن الشريطة الأولى تعني عن الشريطة الثالثة إذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربيا إلا أن يكون ذكر الثالثة استقلا لأن قبيل النصريح بمعاملة التزاما وأما ثانيا فلا لأنه إن أردت حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس صحيح إذ من شرائطه أيضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضا حيث قال وإنما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال وله شرائط وعدم منها أن يشترط الارث والعقل وإن لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خالبا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لأن مدارهما على إرادة الحصر والالاي توجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلا وقال في العناية فإن قبل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فإن موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثا أوجب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فإن كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضا من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور الموالاة إذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور إذ لا يتصور الإيجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد أصلا بغير اذن مولاه وإن أذن له موالاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره ثم إن في تقرير السؤال أيضا خللا فإن تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له لأن عقل الأسفل أيضا شرط العقد إذ لا يتصور الإيجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين إذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالإضافة إلى ضمير الأعلى في قوله وحريته مما لا وجه له إذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هي أظهر

(٣٧ - تكمله سابع)

أقول أما الصبي فلا لأنه ليس من أهل النصرية ولهذا لا يدخل في العاقلة وأما العبد فهو أيضا لا يملك التزام النصرية إلا باذن مولاه (قوله فإن موالاة الصبي الخ) أقول قال الحاكم في الكافي وموالاة الصبي باطله وكذا إن والى رجل عبدا إلا أن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يوالى الصبي باذن الأب أو الوصي فيكون مولى للصبي اه (قوله أوجب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

خلا قوله (وان كان له وارث فهو أولى (٣٩٠) منه وان كان من ذوى الارحام) فانه أورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كالأوصى

بكل ماله لا سخر وله وارث معروف وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الورثة ذوا القرابة أرجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها حادثة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له الا بطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه

قال المصنف (ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول أشار به الى ما ذكره القدوري قبل هذا واذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعترض الاتقاني على وجوب اشتراطهما في صحة العقد ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لان القرابة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة وجوب النفقة

قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان المولاة عقد مذهبهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناسرهم بالقبائل فأغنى عن المولاة قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذلك لا على أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

اشتراطا من حرية الأعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد المولاة ولو أذن له مولاة في ذلك ويجوز قبوله إياه باذن مولاة ويصير الولاء لمولاة كما صرحوا به وأيضا لا وجه لتكرار البلوغ في أثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد المولاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فان مولاة الصبي في قوله فان مولاة الصبي والعبد باطله أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان مولاة له لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد المولاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة المولاة بل مجرد العقد كلف بأن يقول أحدهما واليتك والاخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة المولاة بل جعله ما حكم الهابعد صحتهم افاقهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه بوضحة قول صاحب النخبة ونسب يرفع عقد المولاة من أسلم على بدرجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الاخر قبلت فينعقد بينهما عقد المولاة وكذلك اذا قال واليتك والاخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده الى هنا لفظ النخبة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد المولاة أما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هنا بناء على ظهوره من المولاة اشتراطهما فافيهما قوله ووالاه في قوله اذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه مغنيا عن ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والاخر قبلت كاف في تمام عقد المولاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للمولاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى وأما قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب النخبة فلا أن محال توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والاخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله أنت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد المولاة وبيان صورة المولاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم إياه على الاستقلال ألا يرى أن لصحة عقد المولاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع أنهم لم

في مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فانها بصرحوا خلافة في المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة

وخلاف قوله (الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد (٣٩١) عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل

في حق العزل ظاهر وهو
تضرر الوكيل بسبب
الضمان عند رجوع
الحقوق عليه اذا كان نقد
من مال الموكل على ما
في الوكالة فمافى اشتراط
توقف الفسخ ههنا على
حضرة كل واحد من الأعلى
والأسفل وأجيب بأن سبب
الاشتراط ههنا هو السبب
هناك وهو دفع الضرر فان
العقد كان بينهما وفي تفرد
أحدهما الزام الفسخ على
الآخر بدون علمه والزام
شيء على الآخر من غير
علمه بنفسه ضرر لا محالة
لان فيه جعل عقد الرجل
العاقل البالغ كالعقد
وفيه ابطال فعله بدون علمه
وخلاف قوله (لأنه فسخ حكمي
بمنزلة العزل الحكمي في
الوكالة) فان عزل الوكيل
حال غيبته مقصود الايصاح
وحكمه يصح كالمو اعتق
العبد الذي وكله ببيعه فإنه
أورد عليه لما اذا جعل صحة
العقد مع الثاني موجبة
فسخ العقد الاول وأجيب
بأن الولاء كالنسب والنسب
مادام ثابتا من انسان
لا يتصور ثبوته من غيره
فكذلك الولاء فعرفنا أن
من ضرورة صحة العقد مع
الثاني بطلان العقد الاول
ذكر ذلك كله في النهاية والله
سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد بخلاف ما اذا عقد الأسفل
مع غيره بغير محض من الاول لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن
له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به الفاضل ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض
في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهم ما أن يتحول لانهم
في حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لانه لازم ومع بقائه
لا يظهر الأدنى

بصر حواشي من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الأنه يشترط في هذا أن يكون
محض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل
ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على
ما في الوكالة فمافى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب
عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما
وفي تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر
بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز
بدون العلم كذا في الشرح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب
العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانت اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه محل الكلام
فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمرا ظاهرا لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ
وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الزام في كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له
قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهم في فسخ العقد عند علم الآخر بل لا ريب
في تحقيق ابطال فعل الآخر في صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذي
يكراهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على
حضرة كل واحد منهم مدفع الضرر على هذا الوجه اللهم إلا أن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما
تعيين في صورة العزل عن الوكالة الا انه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه ما فيه فتأمل
وثانيهما ان فسخ أحدهما هذا العقد بغير محض من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان
الفسخ من الأسفل فلانه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى ان ماله صار ميراثا له فيصرف فيه فيصير
مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل ربما يعتق عبدا على حساب أن
عقل عبده على مولاه ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية
ومعراج الدراية نفلان عن الذخيرة (أقول) هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله أن في الفسخ
بدون علم صاحبه ضررا لا غترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله
لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) قيل عليه لما اذا جعل صحة العقد مع الثاني موجبة
بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره
فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح
والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) في الجواب بحث من وجهين الاول
ان قولهم والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فإنه اذا كانت الامة بين شريكين
فجاءت بولد فادعياء ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدلا ومشرحا

(قوله وخلاف قوله الا انه الخ) أقول معطوف على قوله خلا في قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث
(قوله وخلاف قوله لانه فسخ حكمي) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلا فيما سبق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة كل مال المولى الأسفل بعدموته الى حكمه كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا أن يذكرا الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن جل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلانا أي جلته على أمر يكرهه وفي اصطلاح (٢٩٢) الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة جلا ينتقي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة الى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره

والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الاول اذا النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول * ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بأن المراد أن النسب مادام ثابتا من انسان أو لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الأمة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا وأما اذا ادعاه أحدهما أولا والاخر ثانيا فأنما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لافي عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموفق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل في مناسبة الوضع لما ذكر ولقاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكروا الموالاة لمناسبة ولقاء العتاقة لاق ايراد الاكراه عقيب ولقاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولقاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعدموته الى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن جل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلانا كراهي أي جلته على أمر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب فان المكروه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر وباحة ورخصة وبأن ثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكروه فيحدث في الحل معنى فيصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر بغيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتقي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ولأن تختار من هذه الثلاث أيها شئت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيجي عما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة جلا ينتقي به رضاه وهو أعم من أن لا يظاهر أن المراد من قوله ينتقي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقربة المقابلة وانما يتعرض للقسم الثالث مثل الاكراه بضر بسوط أو حبس يوم على ما يجي بعدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتقي به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فانه اذا قبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص

اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة جلا ينتقي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة الى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

﴿ كتاب الاكراه ﴾

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الآن يقال الاستلزام بلا حظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتقي به رضاه اذ لولا لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير

لا والظاهر أن المراد من قوله ينتقي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقربة المقابلة وانما يتعرض للقسم الثالث مثل الاكراه بضر بسوط أو حبس يوم على ما يجي بعدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتقي به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فانه اذا قبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكروه لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكروه مخاطباً وأما شرطه وحكمه في أثناء الباب قال (الأكراه يثبت حكمه إذا حصل عن يقدر على إيقاع ما توعد به) شرط الأكراه حصوله من قادر على إيقاع ما توعد به (سلطاناً كان أو لاصاً) وخوف المكروه (٢٩٣) وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله

ليصير بالأكراه محمولا على مادي إليه من المباشرة فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجي مفصلاً ولم يفرق بين حصوله من السلطان والاص (لأن تحققه يتوقف على خوف المكروه تحقيق ما توعد به ولا يخاف إلا إذا كان المكروه قادراً على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان لأن المنعلة والقدرة لا تتحقق بدون المنعلة فقد قال المشايخ رجهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لأن مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فإذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعته أو الإقرار بماله أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو أكراه يترتب عليه الحكم فإن فعل مادي إليه ثم زال

مع بقاء أهليته وهذا انما يتحقق إذا خاف المكروه تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعلة والقدرة لا تتحقق بدون المنعلة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكروه لتحقيق الأكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما يهدده وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على مادي إليه من الفعل قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعته أو على أن يقر لرجل بألف أو بواجده فأكراه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخته ورجع بالبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى (الأن تكون تجارة عن تراض منكم)

يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الأكراه ويفسده اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسده اختياره وذلك أنواع الأكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذکور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكاً لا يرتضيه أحد من ذوى الألباب وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم أن الشائع المذکور في عامة الكتب من الأصول والقروع هو أن الأكراه نوعان نوع بعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقتل أو بقطع عضو وهو الأكراه الملبى ونوع بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقتل أو بقطع عضو وهو الأكراه الغير الملبى وكل منهما لا ينافي في الأهلية ولا الخطاب وأما فخر الإسلام البردوي فقال في أصوله الأكراه ثلاثة أنواع نوع بعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملبى ونوع بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا بعدم الرضا وهو أن يهجم بحبس أبيه أو ولده أو ما يجرى مجراه ولا أكراه بجملة لا ينافي في أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام الأكراه جل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرة لولا الخلل عليه ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكرة في الكتاب قال شمس الأئمة هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتقي به رضاه أو يفسده اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الأكراه لعدم ترتب أحكامه عليه إلى هنا كلام صاحب الكشف إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره للمصنف ههنا من معنى الأكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكرة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل في معنى الأكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الأكراه شرعاً عدم ترتب أحكام الأكراه عليه فإن الأكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضاً ما وقع في عامة الكتب من تنويع الأكراه إلى نوعين فقط فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الأكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي

الأكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسح لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى (الأن تكون تجارة عن تراض منكم)

قال المصنف (والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان) أقول الفتوى في تحقق الأكراه من غير السلطان على قولهما

والا كراهية هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم
لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراهه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضربه
لفوات الرضا

ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت
غير صحيح في نفسه أما أولاً فلا تجعل قول المصنف فينتفي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار
أو مع عدمه مع ان مقابلة قوله أو يفسد به (٢) رضاه تمنعه قطعاً وأما ثانياً فلا أنه قال ان قول المصنف
أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أي بدون تقدير شيء
آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لان نفي عدمه وهو
ثبوت الرضا وان أراد انه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كراهه فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك
أيضا اذ بتقدير لا يصير المعنى أولاً يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار
لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما في النوع الغير
الملجئ من نوعي الا كراهه على ما مر وأما ثالثاً فلا أنه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من
تقدير لا في أو يفسد به اختياره وهو أيضاً محتمل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جذا سمي
في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة لا كراهه لان
نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضاً كما عرفت
أنفاً فلا تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه
لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة
انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي
مسكة ان المعنى الذي نسبته الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد
به اختياره أو لا يعني أولاً ينتفي به رضاه فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالي
عن التعملات بأسرها لو أراد افادة ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول
المشتمل على تعلمات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولم يجرى ان رتبة المصنف بمنزلة عن مثل ذلك فالحق أن
مراده بقوله فينتفي به رضاه أن ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقدر نسبة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره
فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة
الوسطى فكان قوله فينتفي به رضاه اشارة الى أحد نوعي الاكراه وهو غير الملجئ وقوله أو يفسد به اختياره
اشارة الى النوع الآخر منه ما هو الملجئ فاتنظم كلامه من غير كلفة أصلاً وانطبق لما في عامة
الكتب (قوله والا كراهية هذه الاشياء بعدم الرضا) أراهم هذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس
المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف هذه
الاشياء يعني بالبيع وأخوانه ولم يذكر أن البيع وأخوانه من المكروه عليه لا من المكروه به وهذا نظير
سائر سقطاته في كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى
به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراهه) أقول يرد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض
أوله فانه قال في أوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق
الاكراه في هذه الصور أيضاً والما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما اذا ضرب
بسوط أو حبس يوماً أو قيد يوماً وقال في آخره فلا يتحقق به الا كراهه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه
في هاتيك الصور فتناقضاً والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره معناه اللغوي وهو

والا كراهية هذه الاشياء
بعدم الرضا وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط
(فيفسد وان اكره بضرب
سوط أو حبس يوم أو قيد
يوم لم يكن اكراهاً لانه
لا يبالى به نظر الى العادة
الا ان كان المكروه صاحب
منصب يعلم أنه يستضربه
فهو اكراه (ل) وجود
العادة حيثئذ هو (فوات
الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه
كذا في النسخ التي بأيدينا
وصوابه أو يفسد به اختياره
اه محققه

(قوله وكذا الاقرار بجهة) معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار بجهة في غير الا كراهية ترجح جنبه الصدق وعند الا كراهية يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون بجهة بخلاف ما اذا كره على الاقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو اقرار بكافي البيع الا اذا كان المكروه صاحب منصب أي عز ومزية فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحدا كثيرا يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الخا كم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المالك (والفساد اذ فقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) (٢٩٥) والبيع بشرط الخيار انما

وكذا الاقرار بجهة اترجح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب وعند الا كراهية يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد اذ فقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز و يلزمه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الا كراهية وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الردي لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه ومن جعل البيع جائزا لمعتاد ببيع فاسد ايجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لفصد المتعاقدين

جل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الا كراهية على معناه الشرعي الذي تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالا كراهية في قوله بخلاف ما اذا كره للمسا كلة كافي قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الا كراهية هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الاقرار بجهة الخ) قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار بجهة معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار بجهة في غير الا كراهية ترجح جنبه الصدق وعند الا كراهية يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون بجهة اه (أقول) الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار بجهة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة

الفسادة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا يقطع بسبب الا كراهية حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالردي لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائزا لمعتاد) يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك على من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أني ان دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بعهما جائزا مفيد لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائز لمعتاد ومن المشايخ من جعله بعهما فاسدا وجعله كالبيع المكروه عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كافي البيع المكروه عليه ومنهم من جعله رهنا لفصد المتعاقدين لانهم ما وان سمي ببيع السكن غرضهما الرهن والعبرة للقاصد والمعاني ولا يملكه المرتهن ولا يطلق الانتفاع الا باذن مالكة وهو ضامن لما كل من غره واستهلكه من عينه والدين ساقط بهلا كه في يده اذا كان وفي بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبياع استرداده اذا قضى دينه لافرق عندنا بينه وبين الرهن

لا يفيد له لانه جعل العقد في حق حكمه كالتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاء (جاز و يلزمه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة) فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لمعاد جائزا بالاجازة كهو اجاب بأن باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الا كراهية وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد فيه باق (قوله الا أنه لا يقطع به) استثناء من قوله كافي سائر البياعات

ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل لانهم مات كما بالفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو اجاز أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يرد البائع الثمن الى المشتري وبقى المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه يبيع أو هبة ولهذا سموه ببيع الوفاء لانه وفي بيعه - ممن رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا والخ) اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بأن كان الا كراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فوجب كراهه ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا أى فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما ما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الا كراه على الهبة كراه على الدفع دون البيع (وان قبضه) أى الثمن (مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد) (٣٩٦) فيكون الثمن أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك

انما يوجب الضمان اذا كان للمالك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل ومشايخ سمرقند رجعهم الله جعلوه بيعا جازما فبعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع) لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بأن كان الا كراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فوجب كراهه ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الا كراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

هذه العقود التراضى الى قوله فيفسد لا على قوله والا كراه به هذه الاشياء لعدم الرضا فيه فسد لان قوله والا كراه به هذه الاشياء لعدم الرضا بهض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالا كراه غير مستمدة بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير بالمدكور في النهاية والعناية فلو جرحه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا اه (أقول) لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل الخ) أقول لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا (قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان

باطلا لا ينقد والفسخ فرع الاعتقاد (قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير في ملكه راجع الى المشتري بل قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكرهه على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفي الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية وفي البرازية في كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام فالتوى ما ذكرنا اذ فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق الى قوله وفي البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد تأمل في جوابه ليظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع وقد صرح به في بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الا كراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها الا أن يقال البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آله فيما يرجع الى الاتفاق) وان لم يصلح آله من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري) لان الهلاك حصل عنده فكذا نكل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بقيمة لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وان ضمن المشتري) يعني أي مشتر كان بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناهضه العقود) أي تداولته (لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقي التريدين تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصله فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك أجاب بقوله (لأنه أسقط حقه) يعني في صورة الاجازة (وهو) أي حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعه من البيوع نفذ ما أجازته خاصة أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته بلصادفته ملكه (٣٩٧) فتكون اجازته أحد البيوع غلبا للغير

من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفرق الحال بين اجازته البيوع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازه عقدا منها والله أعلم

فصل لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرعا في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته

(والمكره ان يضمن المكره ان شاء) لانه آله فيما يرجع الى الاتفاق فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أي ما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناهضه العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم **فصل** (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر) أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له الا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمسة لقيام المحرم فيما وراهها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو

بل قال انه كالهازل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هنالك لا يقصد معنى البيع والافلاشك أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشئين المتغايرين بحسب الذات المشتر كين في العلة

فصل قال أكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرعا في بيان حكم الاكراه

(٣٨ - تكمله سابع) وذكر فيه الاكراه المجبئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير المجبئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثاني ان كان على فعل يسير فليس معتبرا ويجعل كائن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قول لا يستوى فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر فعلى هذا (ان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمسة لقيام المحرم فيما وراهها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أي استناد ملك المشتري قال صدر الشريعة في شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشتري في صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز عن تقرير ملكه بحيث ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن لفظة ما في قوله وما عرفت نافية

فصل (قوله لقيام المحرم فيما وراهها) أقول الضمير في وراهها راجع الى الضرورة في قوله انما يباح عند الضرورة

(حقى لوخاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيع له ذلك ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به) وأشار إلى أن المجهى يتنازع من غيره لغلبة الظن لأن بدن الانسان في احتمال (٢٩٨) الضرب متفاوت وليس ثم نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ولا معتبر بمن

قد رفي ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال ان تهدد بأقل منها لم يسهه الاقدام لان الأقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يرقم على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأى وهو لا يجوز (فان صبر حتى أوقعوا به) أى قتلوه أو أنفقوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالإباحة (فهو آثم لانه لما أبيع) من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كافي حالة الخمصة وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذا حرمة) بصفة أنها ميتة أو خروهي (فاعة اذا امتنع) كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لان لم أن الحرمة فاعة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه (والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر

حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه لما أبيع كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كافي حالة الخمصة وعن أبى يوسف أنه لا يأثم لانه رخصة اذا حرمة فاعة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناء بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة

الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكرام الواقع في حقوق العباد أيضا كافي مسألة الاكرام على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكافي مسألة الاكرام بقتل على غيره فلم يتم ما ذكره بالنظر الى مثل ذلك فالاشبهه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لان ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكرام ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكرام في حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول في قوله يباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفا فاعله وتركه كما تقر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجعا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال في العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاثبات به اذا لم يترتب عليه محرم وهو هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار تركه حراما لأن ما أفضى الى الحرام حرام انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه ان أريد به أن المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لا فضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فاعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفا فاعله لو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة أخرى لعلة تقتضى ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو كل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك أن صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار أيضا وفي حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعاً فلزم أن تجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقلا ب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم أو الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لاننا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما مستلزمان قطعاً فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستنديين الى سبب واحد أو الى سببين وتظهر هذا حقيقة الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلو على أن الواحد بالشخص لا يعال بعلمين مستقلمين بأنه لو عمل به ما كان محتاجا الى كل واحدة منهما او مستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة منهما هو

الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان اباحة لا رخصة) فامتناعه من تناول كآمناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

(قوله حتى لوخاف على ذلك) أقول أى النفس والعضو (قوله لا أن ذلك نصب الخ) أقول هذا ناظر الى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد

(لكنه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء) لانه امر يختص بعرفة الفقهاء (فيعذر) اوساط الناس (بالجهل فيه كالجمل بالخطاب في اول الاسلام اوفى دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاثبات به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترتب حراما لان ما افضى الى الحرام حرام قال (وان اكره على الكفر بالله والعياذ بالله الخ) اعلم ان كل ما لا يعتبر كراهيا في تناول الميتة والخمر لا يعتبر كراهيا في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امر به من اجراء كلمة الكفر لكنه يورى والتورية ان يظهر خلاف ما يضر بخازن يكون المراد بها ههنا طمئنان القلب وجاز ان يكون الاثبات بلفظ يحتمل معنيين فان اظهر (٣٩٩) ما امر به موريا كان او غيره على

المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمن لم ياتم حديث عمار ابن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمن قال فان عاد وافتد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمن وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعدد الى طمأينة القلب لا الى الاجراء والطمأينة جميعا

(قوله فصار الترتب حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان اراد أنه قد يتقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذي فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه

الا انه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجمل بالخطاب في اول الاسلام اوفى دار الحرب قال (وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله اوسب رسول الله صلى الله عليه وسلم بغيره اوجبس اوضرب لم يكن ذلك كراهيا حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه او على عضو من أعضائه) لان الاكرام بهذه الاشياء ليس باكره في شرب الخمر لما مر في الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما امر به موريا فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمن فلا اثم عليه) حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قاله النبي عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمن فقال عليه الصلاة والسلام فان عاد وافتد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمن الآية

هو عليه تهاله ومنشأ عدم الاحتياج اليها غلبة الأخرى له فلا استحالة في اجتماعهما لا نأقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستنديين الى سبب واحد أو الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء أيضا في هذا المقام فليست نظرية وليتأمل فيه (قوله الا انه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحتها ينبغي أن لا ياتم اذا الانسان لا ياتم بترك المباح فأجاب عنه بأنه ياتم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقفي أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف ههنا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال إذ لا مانعة للعلم في أن لا ياتم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا ياتم الانسان بتركه وان علم اباحتها بل بالعلم باباحتها ينكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحتها ينبغي أن لا ياتم اذا الانسان لا ياتم بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وتركه الا كل في مسئلتنا ههنا ليس على إطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد الخ قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكره فعد

وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناول النص المحرم فتأمل (قوله فيجاز أن يكون المراد بها ههنا طمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجاز أن يكون الاثبات بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكره على سجود الصنم أو الصليب مثلا ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه في أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا اكره الكفار أن يشتم محمد صلى الله عليه وسلم فخطر بباله أن يشتم محمد آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أعجلوه عن الروية ولم يخطر بباله شيء ففعل ما اكره عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايمن انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول يعني هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الاول فانه لا بد منه

ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة اقيام التصديق وفي الامتناع فوات النفس حقيقة
فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبير ارضى الله
عنه صبر على ذلك حتى صلب وسمي رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو
رفيقي في الجنة

(قوله لان أدنى درجات
الامر الاباحه الخ) أقول فيه
جئت فانه قد يكون الامر
للترخيص قال العلامة
النسفي في أول كتاب
الطلاق من الكافي الامر
بالشيء لا ينفي الخطر فان
المحذور قد يرخص بصيغة
الامر حتى لا يقع في محذور
فوقه كالخنث في اليمين وقطع
الصلاة الى آخر ما ذكره هناك
فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره

هنا كذلك فليتأمل فان للكلام مجالا (قوله لان التكرار ليس بشرط) أقول نعم الا أن عدم طريان منافيه عند شرط وههنا قد طرأ والجواب أنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم

شرط وهنا قد طرأ والجواب أنه كلام الناسى وجوده بمنزلة العدم

(ولان الحرمة باقية) انتهى فبحكم الكفر وبقاؤه واجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم) من كل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية (الاستثناء) كما تقدم واعترض بأن اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا ككل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان فانه تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكره وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم (٣٠١) الذي هو معلوله وان كان المراد بها

السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعلا لا باحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمة صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر

(قوله وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر الى قوله الامن اكرهه

ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء

عند طمأنينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمة أبدا (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بأن اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا ككل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان فانه تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكره وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اهـ (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور أصلا إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للعلة انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقر ذلك كله في علم الأصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا

وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لان سلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فاعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم ولكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا بدليل (قوله كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كما في صورة العفو فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الأصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعلا لا باحة) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمرار رضي الله عنه ان عادوا فعلا انما هو على وجه الاباحة لا على وجه الإيجاب ولا على الندب روى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا لك فعد لهم بما قلت وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل الا بتكاف بعيد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها فإني لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل الاقرار بركن زائد والتفصيل في الأصول

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم) وان أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جازله أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والاتلاف من هذا القبيل) لان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فينتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والتسكك والوطء فانه فيها لا يصلح آله (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح للضرورة ما فكذا بالاكراه) وهذا النزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية فانه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعا ألا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله والرابع قول زفر رحمه الله له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره

(٣٠٣)

فإيجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره وبوجبه على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه والتسبب في هذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما إذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب ولقائل أن يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره) لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والاتلاف من هذا القبيل (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم مما لا يستباح للضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال (والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليهم ما قال الشافعي يجب عليهم - ما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسب ما قرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه والتسبب في هذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولا ييوسف أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأنيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياة فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آله في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم

اليه في الجملة وقوله فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخير عن منع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فالمتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الاتصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبارضى الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى

الله الشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضا والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولا ييوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأنيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالألة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياة والمحمول على الفعل بالطبع آله لان الألة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الألة فان قيل لو كان آله لاضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آله في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصورا عليه

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث

كانقول في الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكروه من حيث اتلاف مال به العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم أيضا لم يعتق العبد (و) كانقول (في اكرام المجوسى على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكروه من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكروه آله للمكروه في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخصة فقتل انسانا أو كل جمعة حتى بقي هو حيا يثار الحيات بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكروه لانه ليس ثمة من يكون آله له فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال (٣٠٣) سواء كان هذا المكروه الا امر

عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الامر وعراه الى المبسوط ونسبه شيخ شيوخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرهما ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه ولو كان الامر صبييا أو مجنوناً لم يجب القصاص على أحد لأن القاتل في الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكرهه عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فان تصرفات المكروه كلها باطلة الآن يكون اكرهاها بحق (وقدمر) دليل الفريقين (في الطلاق ويرجع على المكروه بقيمة العبد لانه صلح آله له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحته لذلك لان الاتلاف يثبت في

كانقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكرام المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكروه في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكرهه عليه عندنا) خلافا للشافعى وقدمر في الطلاق قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لانه صلح آله له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا

الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيق في الجنة ولولم يبق الحرمة أبدا في اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهى حرام فيلزم أن يأثم بذلك كما في حالة المخمصة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آله له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال في العناية ومنع صلاحته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله له فيه والتلفظ قدينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اه (أقول) فيه نظرا لان انفكالك في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذى يهمن ثبوت الاعتاق لافي ضمن التكلم كما اذا ورث القريب اه (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت في صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرحوا به قاطبة وقدمر في كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب * ثم أقول لا فائدة لحديث انفكالك أصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ امر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدى شيئا في دفعه انفكالك الاتلاف عن التلفظ في صورة أخرى فالحق عندى في الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكروه لآلية في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق ما يثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعله امتناع التكلم بلسان الغير وهى غير متحققة في حق ما يثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكروه يمكنه أن يأخذ المكروه ويأقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر (قوله فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي أن لا يضمن المكروه لانه أتلف بعوض حصل للمكروه وهو الولاء والاتلاف بعوض كالاتلاف أجيب بأن الاتلاف بعوض انما يكون كلا

ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله له فيه والتلفظ قدينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آله تمت الاضافة اليه (فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا)

(قوله ونسبه شيخ شيوخى علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شيخه الامام العلامة قوام الدين أباعبد الله محمد بن أحمد السكاكى مصنف معراج الدراية في شرح الهداية (قوله ومنع صلاحته لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آله له من حيث الاتلاف (قوله والتلفظ قدينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي) أقول فيه تأمل فان الذى يهمن ثبوت الاعتاق لافي ضمن التكلم كما اذا ورث القريب

ولا سعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما إذا قال المكره أردت بقولي هو حرم عتقاً مستقبلاً كما طلب مني فإنه يعتق العبد قضاءً وديانةً
و يضمن المكره قيمة العبد لأنه أتى بما أمر به على وفق ما أكرهه وكذا إذا قال لم يحظر بي إلى سوى الاتيان بطلوبه وان قال خطر بي إلى
الاخبار بالحرية فيما مضى كاذباً وأردت ذلك لانشاء الحرية يعتق العبد قضاءً وديانةً لأنه عدل عما أكرهه عليه فكان طائعا في الاقرار
فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذباً ولا يضمن المكره شيئاً لأن العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالكرهه فان قيل ينبغي أن لا يضمن
المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كالاتلاف فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لأن سببه العتق على ملك المولى
فكيف يكون المكره معوضاً (٤٠٣) عما أتلفه بما لا يتعلق له به أصلاً سلمناه ولكن انما يكون كالاتلاف إذا كان العوض

ولا سعاية على العبد لأن السعاية انما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما - ما
ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه متواخذ باتلافه

اتلاف إذا كان العوض مالا كالأكره على كل طعام الغير فكل فانه لا ضمان على المكره لأنه حصل
للمكره عوض أو كان في حكم المال كافي منافع البضع إذا أتلفها مكرهاً لأن منافعه تعدد ما لا عند
الدخول والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ألا ترى أن شاهد الولاء إذا رجعا لا يضمنان كذا
في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فإن المكره
لا يرجع هنا لقيمة العبد على المكره بناءً على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع
ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة قطاهر وأما حكماً فلا فإنه لم يقل به أحد
كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لأن السعاية انما تجب للتخريج
إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض إذا أعتق عبده وعليه دين لأن
السعاية تجب منه لخلق الغرماء وبخلاف الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لخلق
المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بذلك بخلاف ما إذا كان العبد
مرهوناً فأكراه الراهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اه
(أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه
سوى شرح تاج الشريعة اه - هذا الكتاب فإنه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضاً حتى يحتاج
إلى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهوناً فأكراه الراهن على اعتاقه وهو معسر فينشذ تجب على العبد
السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اه ولعله
غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب
السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا إذا أعتق الراهن العبد
المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لخلق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى أن الراهن
فيما إذا أكره على اعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على إيفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة
ذلك العبد فان له أن يضمنه أياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان
قول صاحب العناية بخلاف ما إذا كان العبد مرهوناً فأكراه الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا
لأن تلك الصورة داخله ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

النقض وأما على مذهبهما فإنه ينتقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفاهة فإنه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق
ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد له ما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على
العبد بما ضمن لأنه متواخذ باتلافه) يعني أن المكره انما يضمن من حيث أنه جعل متلفاً للعبد حكماً فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئاً

قوله فكيف يكون المكره معوضاً عما أتلفه بما لا يتعلق له به أصلاً) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تتعلق لهما بالمكره فالسند
أعم ولعله لذلك ياد إلى التسليم (قوله بخلاف ما إذا كان العبد مرهوناً فأكراه الراهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول ان
ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام ولا ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهناً بدل العبد
فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما إذا كره على طلاق امرأته وقد سمي لها مهر إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا كره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره إلا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وإن لم يسم بجمع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لأن ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير إكراه أو بالارتداد والعباد بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فإما كان على شرف السقوط تأكده وللتأكد شبهة بالإيجاب فسكانه أو وجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافاً للمال من هذا الوجه والمكره في حق الإكراه بمنزلة الاتلاف فيضاف إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقى مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الحر ورجوع وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهد إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو جائز استحساناً) والقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذلك مع الإكراه وجه الاستحسان أن الإكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر (٣٠٥) في فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه بعدم الرضا

ففسده به الاختيار فصار كأنه شرط شرطاً فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلا لأنها من الأسقاطات فإن تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذاً (ويرجع المكره على المكره) بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحساناً) والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) أن كان قبل الدخول وإن لم يكن في العقد مسمى بجمع على المكره بما لزمه من المتعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً) لأن الإكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه إلا كراه لأنه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما إلا كراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والإبلاء والنفي ففيه باللسان بينهما وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانه مما سئلان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالخالف بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد فإنه يشعر بالخالف أيضاً بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنها داخل في إطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضاً لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض به ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية انما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية إذا لا تخريج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكرنا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانياً فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقص وأما على مذهب ما فتنقض بما إذا أعتق المحجور عليه

(٣٩ - تكمله سابع)

على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف

التلف إليه كما في الشاهد من شهد أن فلاناً وكل فلاناً بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمن وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه مباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه إلا كراه) بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه إلا كراه من حيث منع الصحة لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم الزوم وعدم الزوم يمكن المكره من الفسخ فلا كراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فلا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه إلا كراه فيصح النذر مع الإكراه فإن أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا إذا أكره على يمين) فحلف انعقدت (أو على طهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على إبلاء) فآلى أو على فيء أبا لسان) ففعل صح

(قوله نظير الجواب فيما إذا كره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول لا يظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسده به الاختيار) أقول أنت خير بأن الفاء هنا ليست في محلها والاحسن تبديلها بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الأول التزام وفي الثاني صريحاً

(لأنها) أي الرجعة والابلاء والنفقة (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن أكرهه على اعتناق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما ألزمه وذلك منه حسنة لا اتلاف بغير حق وإن عني عبد ذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لأنه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه وإذا ثبت الرجوع لم يكن كفارة لأنهم ليست بمضمونة على أحد وإن ترك التي آلى منها أربعين شهرا حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من القربان في المدة فإذا لم يفعل كان ذلك رضامنه بما ألزمه من الصداق وإن قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه وإن أكرهه على أن يخالف أمره أنه ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والا كراه لا يمنع وقوع الطلاق فلا بد من أن يكون له عيب أو عيب لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه إلا كراه (فلو كان مكرها على الخلع دون الزمها البذل لرضاها بالالتزام) بأزاعها لم لها من اليمين ولا شيء على المكره للزوج لأنه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فإن قيل إن خالعها وهي غير مملوكة فاستحققت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيدها كان على شرف السقوط أولا قلنا لا يخلو أما أن ساق الزوج المهر إليها كراه أولا فإن ساق رجوع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الكراه (٣٠٦) لا تصح وإن لم يسق رجوع عندهما خلافاً لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال

(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أو لا إن أكرهه أحد على الزنا فزني وجب عليه الحد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آتية وذلك لا يكون إلا بلذاته وذلك دليل الطوعية بخلاف المرأة فإنها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطوعية ثم رجع وقال لأحد عليه إذا كان المكره

لأنه أتلف مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو عيب لا يعمل فيه إلا كراه ولو كان هو مكرها على الخلع دون الزمها البذل لرضاها بالالتزام قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود

بالسفة فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ماله ولا حق لأحد فيه في زادهم ما في التعليل وهو غير مجبور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجب الحد) وجه قولهما أن المعتبر في الكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالاتجاه إلى السلطان فيعجل في الإيقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالاتجاه إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال ندرته ذلك ممنوع كيف ووقوع

هو السلطان لأن الحد للزجر ولا حاجة مع الكراه لأن الزجر كان حاصلاً إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده ميمماً بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لأفضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشأ من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه لا يلزمه الحد وأما تقييده الكراه بالسلطان فقد قيل أنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما أن المعتبر في الكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالاتجاه إلى السلطان فيعجل في الإيقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالاتجاه إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يحسب إلهاء المهر لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر أظهاراً لخطر المحمل سواء كانت مستكرهه على الفعل أو أذنت له بذلك أما الأول فظاهر لأنهم لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأن الأذن له ليس بحل الوطء فكان أذنها النكاح والكون محجوراً عنه عن ذلك شرعاً

(قوله فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول قال الاتقاني إلا كراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالأجماع انتهى فقول الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حيث شذ في موضع من المصر تدبر

(واذا أكرهه على الرد لم تبين امر أنه منه لان الردة بتبديل الاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمن لم يكفر وفي تبديله شك) وكان الايمان ثابتا يقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها (٣٠٧) من البيئونة ويجوز أن يجعل كلامه

دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البيئونة) المترتبة على الكفر (بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمن

قال (واذا أكرهه على الرد لم تبين امر أنه منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمن لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمن

ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصي ولئن سلم النادرة فإن لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذا شك أن مجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق النادرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء ألا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجاع ولا بى حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبه كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع النادرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات كما نحن فيه على حاله * ثم أقول اطلاق مسئله الكتاب واطلاقات عامة المعبرات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب بقدر على تحقيق ما هدد به عندهما مما لا يساعد القول بأن الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجاع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتنبع سائر المعبرات قال الامام قاضى خان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبى حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب بقدر على تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجي من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسئله الزنا وصورتهما غير السلطان اذا أكره رجلا على الزنا فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزانى كأنه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فأكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام أيضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف جهة وبرهان انتهى فتدبر (قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمن لا يكفر وفي اعتقاد الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك) قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن ما قاله لغوم من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثانى ولا ريب أن تبديل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فالتحدا معنى فاما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع

قال المصنف (واذا أكرهه على الرد لم تبين امر أنه منه) أقول قال العلامة الزيلعي هذا اذا قال لم يخط ريبا لشيء وفوت ما طلب منى وقلبي مطمئن بالايمن فانه حينئذ لا تبين امر أنه ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمن كفر من ساعته لانه رضى باجراء كلمة الكفر على لسانه من أقول

غيرا كراه فصار نظيره ما لو فوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

فالقول قوله استحسانا) وفي القياس القول قواها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكروه كما في الطلاق وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيها ظهورا يبين من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا (٣٠٨) يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ

فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكرهه على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتسكن الشبهة وهي دارثة للقتل

في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى (قوله فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر منها ظهورا يبين من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة عليه من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليه اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ ههنا هو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وإنما هي أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الرديء لم تكن دلالة اللفظ عليه مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستنباع لا بطريق الاصل فصار من قبيل مستنبعات الالفاظ المغيرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي إلى أي شيء كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي فقط فتم مستنبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلمة بأباه جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهورا يبين من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه الجمل المفيد المطابق للشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا إلى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح اهـ (قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكان هذا اشارة إلى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة إلى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي مع غشيه على المذهبين معابله غشيه على المذهب الثاني أظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكروه على الاسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحاً لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرط اجراء الاحكام فانه على هذا

دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليه اذ لا بد في المجازية ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل أن يكون لفظه موافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الاسلام في الحالين) قبل أي في حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام (لان الاسلام يعلو ولا يعلى) فلم يحج به كافر في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيح الاسلام (وهذا في حق الحكم أما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده الاسلام فليس بمسلم) وكان هذا اشارة إلى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون

الاقرار كذا (ولو أكرهه على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتسكن الشبهة) أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارثة للقتل)

(قوله وكان هذا اشارة إلى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي) أقول فيه بحث خلفاء الاشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار ركنا فان الحكم به اذ هو الظاهر لنا وليس في كلامه ما يدل على شرطية الحكم

(قوله ولو قال الذي أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها فثبت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه قضاء لاديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه لانه أكره على الانشاء دون الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا بصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر اذا الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه (ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر بي إلى الخبر عما مضى بآنت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لانه لما خطر هذا بآله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت

(٣٠٩)

بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر ركن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فبين امرأته قضاء وديانة والحاصل أن المأكره على اجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه في وجهه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفي وجهه يكفر في وجهه ما جبه وفي وجهه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا أجزاها فاما أن يخطر بآله غير ما طلب منه أولا والثاني هو الاول والاول ان يخطر بآله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كذبا وأراد أنه هو الثالث وان لم يردده فهو الثاني واذا أظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسألة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) إشارة إلى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب

ولو قال الذي أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه حكما لاديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر بي إلى الخبر عما مضى بآنت ديانة وقضاء لانه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه قضاء لاديانة ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بآله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

كتاب الجرح

لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المأكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركنًا من الايمان يلزم أن يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه ينتفي الاقرار اذا ذلك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بأن الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركنًا اذا بان الشارع اعتباره في وجود المالك لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوًا واعتبر المالك موجودًا حكمًا وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشى ما في الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل توقف

كتاب الجرح

أورد الجرح عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرح على موجب الاختيار الا أن الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجرح كان أحق بالتقديم كذا في الشرح ومن محاسن الجرح أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الوري وفات بينهم في الجرح جعل بعضهم أولى الرأي والنهي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع إلى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص

كتاب الجرح

أورد الجرح عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرح على موجب اختياره الا أن الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجرح كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة

كتاب الجرح

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو في الموضوعين راجع إلى الجرح وقوله وهي راجع إلى الشفقة

والآخر التعظيم لاهل الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرق وق المجنون وأسبابه مصادر هذه الأسامي وألحق بهم المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير (٣١٠) الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب

بجمال ما وأما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فله نقصان عقله وأهلية التصرف إنما هي بالعقل لكن أهليته مترتبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كي لا تعطل عليه منافع عبده فإنه لو لم يثبت الحجر لنفسه البيع الذي يشره وشرائه فيلحقه ديون فيأخذ أربابهم بأكسائه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به إذا لم يكن له كسب غير أن المولى إذا أذن فقد رضى بفوات حقه والمجنون الغالب لا يجمعه أهلية فلا يجوز تصرفه بجمال قال (ومن باع من هؤلاء شيئا) أراد بهم هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يحسن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع ينعقد موقوفا إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لإفادة هذا الحكم أعني

قال (الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والمجنون فلا يجوز تصرف الصغير الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بجمال) أما الصغير فله نقصان عقله غير أنه غير أن المولى آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا تعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بفوات حقه والمجنون لا يجمعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بجمال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازها إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحرى مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعم موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيل عن غيره كما ينفي الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر فلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

العقل فأثبت الحجر عليهم ما عن التصرفات نظر من الشرع لهما لأن الظاهر من تصرفهما ضرر بلزهما إذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يردعهما وكذلك حجر الصبي والرق في أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره لأنه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظر المولى ثم إن الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي إذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرق وق المجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلأن الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفصح عنه ما سيأتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والمجنون توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال وأما ثانياً فلأن المحجور عليه غير منصوص في الصغير والرق وق المجنون بل المفتي الماجن والمتطب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعبريات وسيأتي في الكتاب شيئا فشيئا فقول في ذيل التعريف وهو الصغير والرق وق المجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجمل في التعريف المزبور تقييد من حيث إطلاق المقييد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولاً بصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للحذور والاول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكر في معراج الدار به فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر بأي سبب كان انتهى تدبر (قوله الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والمجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بها اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهي المفتي الماجن والمتطب الجاهل والمكاري المفلس وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشدا فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو احتراز عن الهازل فإن بيعه ليس لإفادة هذا الحكم (والولي بالخيار إن شاء أجازها إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحرى مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعم موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيل عن غيره كما ينفي الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر فلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

وههنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره عن الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا واشترى اماههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فأورد الاشكال وهو موجود (٣١١) في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي

وكذا ذكره شيخنا في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة)

يعني الصغير والرق والمجنون (توجب الجحرف في الاقوال) يعني

ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه

المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين

الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمض منها ضررا كالطلاق والعناق فانه

يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل

في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون

وههنا لم نجد نفاذ عدم الاهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف في الاقوال دون الافعال) لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة

كذا في الشروح (أقول) قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العتق في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة وهي الصغير والرق والمجنون وفي كتب الاصول على جعل العتق

قسما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفة في أكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التي هي الصغير

والرق والمجنون توجب الجحرف في الاقوال حتى أوجب التوقف في الاقوال التي تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الجحرف من الاصل بالاعدام في حكم

اقوال تتمتع ضررا كالطلاق والعناق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغير والرق والمجنون

توجب الجحرف في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمض منها ضررا كالطلاق والعناق فانه

يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصحة فانه لا يجزئ في حق الصغير والمجنون

(قوله وكذا ذكره شيخنا في

شرحه) أقول أراد الكاكي (قوله يعني ما تردد منها بين النفع والضرر) أقول الاولى عندى هو تعميم الاقوال لما يتعمض ضررا

وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما يخصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعدام من الاصل) أقول

فلا ينعقد (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

(بخلاف الاقوال لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فيتنفي المشروط به وأما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود (٣١٢) منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول

قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا مرد لها يعني أن الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمولى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الجبر عن الاقوال لتساق القوليات في موضع واحد (قوله لان اعتبارها حال

ببخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما)

في الاقوال دون الافعال فتعين التفريق بنفس عبارته فالوجه عندى أن اللام في الاقوال في قوله توجب الجبر في الاقوال للجنس وأن المراد بإيجاب الجبر في قوله توجب الجبر في الاقوال ما يسم إيجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وإيجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمسكة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسطور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريق المسائل الا تية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الجبر في الاقوال التي تتمحض نفعها لان تحقق الجبر في جنس الاقوال لا يقتضى تحققه في جميع أفرادها فانصار الاصل المزبور مجملا وما فرغ عليه من المسائل يبينه فراجع في تلك المسائل مما يجبر فهو داخل تحت حكم الجبر وما لا فلا تأمل توقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتمدة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لا اعتبارها في الشرع ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عتاق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا يصح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل يناقض القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فانه غير متمسك في الانشآت لانها ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعتمدة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشآت فلا يستتم التقريب وأما في الثاني فلانه منتقض بما تساوى فيه الحد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع

كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أى اعتبارها مفيدة للاحكام بالشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الا نأرو الاحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول واذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

وقوله (لما ينشأ) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه) رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والاعتاق يتمحض مضره) لا محالة (و) الطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال (٣١٣) ف(لعدم الشهوة)

وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرة) أي الولي (بمخلاف سائر العقود) وقوله (وان أتلغاشياً) بيان لتفريق الأفعال على الأصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والحائط المائل بعد الشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما ينشأ) إشارة إلى قوله بمخلاف الأقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فاقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ما أقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

لما ينشأ (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضره ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرة بخلاف سائر العقود قال (وان أتلغاشياً) أي أتلغاشياً (انما هو الضمان) أي الحائط المائل بعد الشهاد بخلاف ما ذهب إليه القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الشهاد بخلاف القول على ما ينشأ قال (فأما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعبرى عن تعاق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بحال لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بمحض أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبني على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا وقوله عليه الصلاة والسلام لا عليك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تقويت منافع فنفذ والله أعلم بالصواب

من هؤلاء شيئاً فالولي بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريعا على الأصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الجرح عن الأقوال لتناق القولييات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء وإذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة السكران انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فإنه قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي ألا يرى إلى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازة الا إذا أريد بقوله والصبي من لا يعقل أصلاً وبقوله والمجنون الذي لا يفهم أصلاً فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لا مسأغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعد القاعدة فان المعروف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهودا غاي يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الأصول كما تقر ركه في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعاً فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على إحدى القاعدتين لاحصة مخصوصة منهما كما لوهم ولتزم لم مساعدة القاعدة لذلك فلا يراد بهما ههنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الجرا أصلاً إذ موضع ذكر تلك الأحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون من ركعة سدى ولا يخفى فسادها ولا يخفى في وهمك أنهم اتفهم مما ذكر دلالة لان سبب الجرح في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضره ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب

(قوله باعتبار موافقة

(٤٠ - تكمله سابع)

الاخلاق) أقول أي وجوداً وعدماً (قوله لكن لا وقوف له على عدم

التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان أتلغاشياً) بيان لتفريق الأفعال على الأصل المذكور) أقول فيه بحث

باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله لا يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالافراز بالحدود والفصاوص أو يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعناق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجي

باب الحجر للفساد

باب الحجر للفساد

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله لا يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله)

الغاية في شرح هذا المقام والاعتناق يتعمد مضرورة لاحالة والطلاق وان أمكن ان يسترد دين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فله عدم الشهوة وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتعمد ضررا اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانيا فلانه ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذلك كرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لان أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماء في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أخرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور رثي أما في الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذا ظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجة وأما في الثاني فهو أنه ان كان معني السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذا لم يمسأع لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لا مكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه وأما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكسبة وان كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمر آخر واذ ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول

لأنه مبذرماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان
الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة قبحه ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر
لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده

أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى (أقول) ليس هذا الكلام بسديد
فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبا كقوله وإن أعنت عبدان فذمتهم
وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جات جارية بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم
ولده وقوله وإن تزوج امرأة جازنكاحها وإن سمي إلهامها جاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو
طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفية وينفق على أولاده
وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فإن أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عمة
واحدة لم يمنع منها وقوله فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله
ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصلحا لماله وإنما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من
مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية أحدهما مسألة
أنه لا يحجر السفية فيه عند أبي حنيفة ويحجر عندهما وأخرهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد
إذا بلغ خسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله عند أبي حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشيد وعندهما لا يدفع
إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده وواحدة منهما مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها
وهي مسألة أن يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسئلتين
الأوليتين أصلا في الذكرو قولهما تابعه فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على
قوله إلا المسألة الأخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها
مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة * ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم
أن تلقيب هذا الباب باب الحجر للفساد مبني على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة فانه لا يرى
الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لأنه مبذرماله بصرفه لا على الوجه الذي
يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لأنه
مبذرماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا
يحجر عليه اه (أقول) تقريره غير مطابق للشروح إذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفية
على الصبي قياسا تقريرا في وجوب الحجر و يرشد إليه قطع قوله فيما سيأتي من قبل أبي حنيفة ولا يصح
القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قررته الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى
الكلمية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم إن صاحبي النهاية والعناية قالوا هذا الدليل
الذي ذكره المصنف إنما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول الشافعي لأن حجر السفية عنده بطريق
الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظره وقالوا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفية
مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه
اه (أقول) فيه نظر لأن من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيا في عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب
العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى
العقل والشرع وأما كون المصلح في ماله إذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الأصلي فلا
يجدى بفسادهما إذ نحن بصدد بيان حكم السفية في عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة
ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخلا في السفية في عرفهم لما
صح بيان الحكم بالوجه المذكور فإن الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سيأتي في الكتاب

واستدل المصنف رحمه الله
بقوله (لأنه مبذرماله بصرفه
لا على الوجه الذي يقتضيه
العقل و) كل من هو كذلك
(يحجر عليه نظرا له كالصبي)
فهذا لا يحجر عليه (بل أولى
لان الثابت في حق الصبي
احتمال التبذير وفي حقه
حقيقته والدليل على صحة
هذا منع المال منه والمنع
لا يفيد بدون الحجر لأنه
يتلف بلسانه ما منع من يده)
وهذا الذي ذكره من الدليل
إنما يصح على قولهما فأما
على قول الشافعي رحمه الله
فلا يصح لان حجر السفية
عنده بطريق الزجر
والعقوبة عليه لا بطريق
النظره والفائدة تظهر فيما
إذا كان السفية مفسدا في
دينه مصلحا في ماله كالفاسق
فعنده يحجر عليه زجرا
وعقوبة ولا يحجر عليه
عندهما

(ولاي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل و) كل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) ونوقض بالعبد فإنه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بأنه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً بالسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كاللحج والجمعة والعديد من الشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم إلى ذلك حرسقط الاعتراض (وهذا) أي عدم الحجر (لأن) في الحجر سلب ولايته و(في سلب ولايته أهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قوله ما إذا منع عنه المال وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجره على التبذير والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقياس عليه وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قوله ما اعتباراً بالصبي أي لا يقياس السفه على الصبي (لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر (٣١٦) عليه نظره الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجري على خلافه

لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني أن منع المال بدون الحجر مفيد (لأن غالب السفه) انما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أي لا يملك إلا بالقبض فإذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان فعل لم يفد (قوله وإذا حجر الخ) تفريع على مسألة الحجر ومعناه أن القاضي ان يحجر على السفه على رأيه ثم رفع حكمه إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه وكان الواجب أن لا يجزى وزلان قضاءه لاقى مجتهداً فيه ونقضه باطل وانما جاز لأن الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لأن القضاء يقتضي المقتضى له والمقتضى عليه ولا مقتضى له ههنا سلماً بوجود المقتضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقتضياً له من ظاهر حيث أن الحجر نظره لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فإن أبا حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلاً للقضاء يحتاج إلى امضاء فلورفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الجائر أو إلى غيره فقتضى بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام سفهاً منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لأنه لا يحجر عليه عنده فإذا بلغ ذلك سلم إليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقال لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه رشه

(قوله ولاي حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد) قيل يشكل هذا بالعبد فإنه مخاطب عاقل أيضاً ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر الخطاب مطلقاً والمطلق ينصرف إلى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل إسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كاللحج وصلاة الجمعة والعديد من الشهادات وشطر الحدود وغيرها والثاني أن المراد بالمخاطب في قوله أنه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لأن الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله أنه مخاطب العبد لأنه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا زبدته ما في النهاية وغيرها (أقول) بقي في كلام المصنف شيء وهو أن قوله عاقل بعد قوله أنه مخاطب مستدرك لأن الخطاب لا يكون إلا عاقلاً فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقال لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشه) قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى

ظاهر
والمقتضى عليه ولا مقتضى له ههنا سلماً بوجود المقتضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقتضياً له من ظاهر حيث أن الحجر نظره لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فإن أبا حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلاً للقضاء يحتاج إلى امضاء فلورفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الجائر أو إلى غيره فقتضى بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام سفهاً منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لأنه لا يحجر عليه عنده فإذا بلغ ذلك سلم إليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقال لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه رشه

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول وله على الأولى أن يقال المراد مخاطب في حق تصرفه بل بماله إذا الكلام فيه فيخرج العبد إذا لمال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضي ان يحجر على السفه على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع إلى القاضي (قوله فصار نفس القضاء محلاً الخ

وتسارع عبارته في الجمع بين الابدوحي ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولا يخيضة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعاول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعده المدة ظاهر او غالباً لانه في هذه المدة يصير جذاً باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذالم يبق قابلاً للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه (٣١٧) بطريق التأديب الخ (قوله ولان المنع دليل

ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى مابقي العلة وصار كالصبا ولا يخيضة رحمه الله أن المنع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعده هذا ظاهر او غالباً ألا يرى أنه قد يصير جذاً في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع وله هذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيداً ثم صار سفياً لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأني التفريع على قوله

ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يمتلئ من ذنوبهم مدداً يؤرجونهم خالداً فيها على المكث الطويل فينشذلاتدافع بين الابدوحي كما لا يخفى (قوله ولا يخيضة) أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعده هذا ظاهر او غالباً ألا يرى أنه قد يصير جذاً في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع (قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه يمكن المعاول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب ولا تأديب بعده هذه المدة ظاهر او غالباً لانه في هذه المدة يصير جذاً باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذالم يبق قابلاً للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد انتفى أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعاول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعاول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعد انباء على عدم كون المحل قابلاً للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضاً ولاشك أن يتخلف المعاول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى مابقي العلة فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعاول باطل أيضاً لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى في تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب فاذا لم يبق المحل قابلاً للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانفتحت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعاول الذي هو المنع أيضاً بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بآيناس الرشيد فمال يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلاً فكان متناهياً في الاصل (أقول) الظاهر أن كونه متناهياً في الاصل عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون أيضاً مع عدم تصور الرشدين سلمناه لكنه لا يتأني التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأني على قول أبي حنيفة رضى الله عنه

آخر وتقرر به أن المنع بعد البلوغ اذ لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد رذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقد رذلك بسبع سنين اعتباراً بعبادة التميز في الابتداء على ما أشار اليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعاً (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيداً ثم صار سفياً لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بآيناس الرشيد فمال يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلاً فكان متناهياً في الاصل قال (ثم

(قوله وتسارع عبارته في الجمع بين الابدوحي ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقربنة قوله حتى (قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الحقيقة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سند المنع هنا ويكتفى الاحتمال فيه

(وانما التفريق على قول من يرى الجبر فعنده الماصح الجبر لا ينفذ بيعه اذا باع لتظهر فائدة الجبر عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بأن كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده (أجازة) وان كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجز له أن فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البذل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز ورد بأن ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفذ كما تقدم فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (لنظرة فان الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الجردا تربين الضرر) وهو (٣١٨) اهدار آدميته (والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجع وهو القضاء

وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا) عليه (عنده اذا العلة عنده هي السفيه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيتربى عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشدا ثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضى القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفيه (وان أعتق عبدا) يعني بعد الجبر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكرا احتراز عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الجبر وبعد سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفيه لانه لا تأثير للجبر عنده بل احتراز عن قولهما في سائر تصرفات التي يؤثر فيها الجبر كالبيع والشراء والافرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (وذكر أن الاصل عندهما أن

وانما التفريق على قول من يرى الجبر فعنده الماصح الجبر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الجبر عليه وان كان فيه مصلحة أجازة الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الجردا تربين الضرر والنظر والجبر لنظرة فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذا العلة هي السفيه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشدا ثم صار سفيها (وان أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لان نقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمس أو عشر من سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشد هناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وبأباه دليله تأمل توقف قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال في العناية استدلال على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بأن ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفذ فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اه (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدلال على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدلال على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوق الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجبر وما لا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه الاول ان السفيه لو خنت في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجبر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل (بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لان نقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو خنت في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

(قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قوله بل احتراز عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه نص رحمه بخلاف الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة يمينه لانه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفيه الحائث الصوم كالمعسر اذا خنت في يمينه أو ظاهر عن امرأته

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جذهن جذهن لهن جد وقد أثر فيه الجحر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والجحر أثر فيه والثالث أن التعديل المذكور إنما يصح في حق السفه لافي حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالجحر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الجحر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنت والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة (٣١٩) العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن الجحر بسبب السفه بمنزلة الجحر بسبب السفه بمنزلة الجحر بسبب الرق) فانه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً للزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعد شيء من تصرفاته الاطلاق كالرفيق فكذا من السفه) قلنا ليس السفه كالرق لان جحر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً (فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لان الجحر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر) فإما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجي في الكتاب هو قول المصنف لان الجحر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فإما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجي كما في الجحر على المريض ولا يذهب عليه أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المتعبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً بل يقويه كما عرفت آنفاً ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهبا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك اهـ (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من لغرمائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لو ورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر الى آخر النسكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانهم ألجبت لو جبت حقاً لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجوب الغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشرى يكن فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلا نكاح انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

والاصل عنده أن الجحر بسبب السفه بمنزلة الجحر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعد شيء من تصرفاته الاطلاق كالرفيق فكذا من السفه (و) اذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لان الجحر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فإما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجي في الكتاب هو قول المصنف لان الجحر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فإما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجي كما في الجحر على المريض ولا يذهب عليه أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المتعبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً بل يقويه كما عرفت آنفاً ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهبا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك اهـ (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من لغرمائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لو ورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر الى آخر النسكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانهم ألجبت لو جبت حقاً لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجوب الغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشرى يكن فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلا نكاح انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جذهن جذهن لهن جد وقد أثر فيه الجحر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والجحر أثر فيه والثالث أن التعديل المذكور إنما يصح في حق السفه لافي حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالجحر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الجحر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنت والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اهـ (أقول) في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضاً أما في الجواب عن الاول فلان حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه وهذا لا يجدى شيئاً في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجحر وما لا فلا بعد عدم تنفيذ القاضى تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهم ما فاذكر في الجواب بقوى البحث فضلاً عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجي في الكتاب هو قول المصنف لان الجحر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فإما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجي كما في الجحر على المريض ولا يذهب عليه أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المتعبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً بل يقويه كما عرفت آنفاً ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهبا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك اهـ (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من لغرمائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لو ورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر الى آخر النسكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانهم ألجبت لو جبت حقاً لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجوب الغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشرى يكن فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلا نكاح انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

لغرمائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لو ورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر الى آخر النسكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانهم ألجبت لو جبت حقاً لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجوب الغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشرى يكن فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلا نكاح انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

(قوله والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذهبا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينفذ بالكتاب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله

(فان مات ولم يؤنس منه رشدي سعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا ألا يرى أن مصلحا لودبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قتلا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كالأعتقه وأجيب بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله إلا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببته في إيجاب السعاية عليه قنا وانما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ألا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله) وابقاؤه من الخواص الاصاينة لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد بعدموته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاء فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاسبيل عليها لاحد وان مات مديونا (وان لم يكن معها ولد) أي ان لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد) لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالأقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الأول لان الولد شاهد لها) (٣٣٠) في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه (وتظيره المريض اذا ادعى ولد

واذا مات ولم يؤنس منه الرشدي سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فألحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لانه كالأقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الأول لان الولد شاهد لها وتظيره المريض اذا ادعى ولدا جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جازنكا حها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجها الاصلية (وان سمى لها مهر اجاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا تطرله فيسه فلم تصح الزيادة وصار كالمرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجها والاتفاق على ذى الرحم واجب عليه لقربانته

الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما أن المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع الى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال لقصد

(لما بينا) يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لا فائدة في الحجر عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضربه من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتب الحمد في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلق قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) والأصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أو حبه الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من يجب نفقته عليه فهذا والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه

(قوله إلا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة) أقول أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانها تزول بالموت (قوله لانه من ضرورات النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به الى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتقاني لكنهما ياقولان السفه ليس بعتاد بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والجاذ في هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلق) أقول لعسيلة النساء

جاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أولم يكن الخ قال (وان تزوج امرأة جازنكا حها) كلامه واضح وقوله (وصار كالمرض مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد منهم ما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة إلا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا وقوله (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة) يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بمهر في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وبطل الزيادة

اللعب

ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقسم اليئنة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولدان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفاه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أي ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر عينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير (لأنه) أي كل واحد (مما يجب بفعله) إذا سبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها أجيب بأن الاستطاعة متفنية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كالأفراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية (٣٣١) فان كانت مما يجزئ فيه

الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي اذا أصح (فان مرض وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً تكون في المرض فان السفه الصحيح اذا أوصى بوصية حكمها حكم المريض والقياس ينقيها كما لو تبرع في حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في أمر دينه وجيشد لانظره في المانع وانما النظر له في كسب الشاء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك

والسفه لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أميناً معه كي لا يصرفه في غيره وفي النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر عينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتنها هذا الباب يذّر أموالهم هذا الطريق ولا كذلك مما يجب ابتداءً بفعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج بنفقة عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غيره هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهم ما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرز عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئ غيرها وهي جزور أو بقرة قال (فان مرض وأوصى بوصايا في القرب وأتوا بالخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يجزئ على الفاسق اذا كان مصلحاً له عندنا والفسق الاصل والطارئ سواء) وقال الشافعي يجزئ عليه زجره وعقوبة عليه كافي السفه ولهذا لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنتم منهم رشدافادفعوا اليهم أموالهم الآية

اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفه فقط فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى (قوله ولنا قوله تعالى فان آنتم منهم رشدافادفعوا اليهم أموالهم الآية

(٤١ - تكملة سابع) (وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفهها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولوصي الاب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفه الا بأمر الحاكم والثاني أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذي لم يبلغ اذا بر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفه اذا بر عبده صح تدبيره (قوله ولا يجزئ على الفاسق اذا كان مصلحاً له عندنا والفسق الاصل والطارئ سواء) وقال الشافعي رحمه الله يجزئ عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفسق مستحق لذلك فيجبر عليه وان كان مصلحاً له وعندنا لا ننظر له في ماله فاذا أصح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لان الله تعالى قال فان آنتم منهم رشدافادفعوا اليهم أموالهم الآية)

(قوله فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولدان) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السفه في اقراره بالنسب اذا كان رجلاً الا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة وان كانت المفسدة أمرأة فانها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتنبه لما بينهما من المخالفة (قوله الا في أربعة مواضع) أقول يعني سوى الوصية حيث علم حالها

نكر الرشد وهو باطلا فقه يتناول (٣٣٣) القليل منه والكثير ومن أصلح في ماله فقد أونس منه رشد (ولأنه أهل الولاية

عندنا لا سلامه فيكون
وليا للتصرف وقد قررناه
قبما تقدم) يعني في أول
كتاب النكاح (ويحجر القاضي
عندهما أيضا وهو قول
الشافعي على من ليس
بسفيه لكنه متغفل) يعني
في التجارات (ولا يصبر عنها
لسلامة قلبه لما في الحجر من
النظر له) واعترض بأنه
خلاف ما ثبت عن النبي
صلى الله عليه وسلم فإنه
ما حجر على حبان بن منقذ
وكان يغبن في التجارات بل
قال صلى الله عليه وسلم
قل لا خلاية ولي الخيار
ثلاثة أيام وأجيب بأن الحجر
على المغفل ثبت بدلالة قوله
تعالى ولا تؤثوا السفهاء
أموالكم لما أنه يتلف الأموال
كالسفيه فلا يعارضه خبر
الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال
وليس النزاع فيه وإنما النزاع
في الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله نكر الرشد وهو
باطلا فقه يتناول القليل منه
والكثير) أقول وللخصم
أن يمنع مستندا بانصراف
الطلاق الى الكامل (قوله
ومن أصلح في ماله الخ)
أقول وكذا من أصلح دينه
دون ماله كالغفل فلما
ذكرناه ينتقض به فتأمل
(قوله ورد بأن ذلك لمنع
المال) أقول ويجوز أن

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لا سلامه
فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب
الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة) قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشد
منكر في موضع الإثبات والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تتم فإذا أوجد رشد ما فقد وجد
الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقرير دليل أعتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في
الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فإنه
يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فتناوله النكرة المطلقة
فيجب أن يدفع اليه أيضا ماله والظاهر في تقرير الاستدلال أعتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره
صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولأن الرشد في
المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كي لا تتم النكرة المطلقة أولان الدفع معلق
بأنه راسد واحد لانه نكرة في موضع الإثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا
برشد في دينه فتدبر (قوله ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لا سلامه فيكون واليا للتصرف)
أقول يرد النقص بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله ما لا محالة لأن الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه
أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون واليا للتصرف أيضا غير محجور عليه كما ذهب
اليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن
يغبن في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه ما حجر على حبان
بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلاية لي الخيار ثلاثة أيام فأثبت له البيع
بشرط الخيار وما حجر وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثوا السفهاء أموالكم
لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب
العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب ورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وإنما النزاع في الحجر
انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وإن لم ينفذ المنع كما
سبق من دليلهما اه (أقول) ويجوز أن يرد هذا أيضا بأن الحجر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر
في دليل أبي حنيفة على عدم الحجر على السفيه فأنى يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال
مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك ينفذ على اليد كما مر هذا أيضا في دليله جوابا
عن قوله ما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا وإن لم ينفذ المنع كما سبق من
دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظرا لأن
في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار
كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم اه (أقول) ليس ما قاله بشيء إذ لا شك أنه لا حجر في الحديث
المزبور على حبان في شيء بل فيه إرشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور
فصار كالمحجور في البيوع المطلقة يشعر باعتدائه أيضا بأنه لم يصبر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي
ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة أي في البيوع التي لم
يشترط فيها الخيار فلا تنفع لها في دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعي أن يحجر
القاضي على المغفل في بيوعه مطلقا أي سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه أن الحجر على المغفل في
بيوعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة واللام ينفذ المنع

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الجبر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم (٣٣٣) ما يراه الناس يقال حلم واحتلم بلوغ

الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضى الله عنه وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي رحمه الله وكلامه

ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضى الله عنه (قوله واذا رآه حق الغلام أو الجارية) يقال رآه أى دنى منه وصي مرأى أى دان للحلم (وأشك أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك الا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ انتى عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذب وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين) والله أعلم

فصل في حد البلوغ قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيه ما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتيبي وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاناث نشوهن وادرا كهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لاحالة قال (واذا رآه حق الغلام أو الجارية الحلم وأشك أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتها ظاهرا فاذا أخبر به ولم يكذبها الظاهر قبل قولهم ما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الجبر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي رشده انما هو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل في أشده بل لا ريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح حارم حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب السكافية فانهما قالوا فان قيل ينبغى أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لا دنى يكون في الاكثر دون العكس فلنا أول الآية ولا تقر بامال التيسير الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مدد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لا بد أن يعد الى ثمانى عشرة ولو مد اليه الا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فينبى الحكم عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ أشده فجرد دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة في مده الى أقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصول

فصل في حد البلوغ قال المصنف (فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول فيه بحث

باب الجحر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الجحر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم أثر تأخيرها وينبغي للقاضي أن يشهد أنه جحر عليه في ماله احتياطاً للنفي (٣٢٤) التجاحد ان وقع وان يبين أن الجحر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال

باب الجحر بسبب الدين

(قال أبو حنيفة لا أجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والجحر عليه لم أجر عليه) لان في الجحر اهدار أهليته فلا يجوز دفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع جحر ولا نه تجارة لانه تراص فيكون باطلا بالنص

باب الجحر بسبب الدين

نلقب هذا الباب بالجحر بسبب الدين وما قبله بالجحر للفساد ما على قواها فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجحمن علم الفرائض لان أبو حنيفة لا يرى شيئا منها وأما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهم وما ونفيًا منه ثم ان الجحر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم أثر تأخير عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا أجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والجحر عليه لم أجر عليه لان في الجحر عليه اهدار أهليته فلا يجوز دفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوز له لان فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للدني انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للدني لا يناسب ما قبله من المتقدمين بل ينافية في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الجحر للفساد وأشار إليه ههنا بقوله فلا يجوز دفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى ثم أقول يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه الاول أن يحصل المراد بالأعلى في قوله فلا يترك الأعلى للدني على أهلية المديون لا على اهدار أهليته وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره برشد إليه أنه قال لا أدنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف ولا شك أن كون اهدار أهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف وكون المال أدنى أي أخس فان ضرر رفوت الأشرف فوق ضرر رفوت الأخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى اهدار الأهلية وبالأدنى ضررا ياقبله قلت تطبيق ما في الموضعين في حيز المراد غير لازم فان علو نفس الأهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا متلازمان وكذا أدناه نفس المال ودفاعة ضرره فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الأهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررها ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحصل الترتيب المنفي في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للدني فلا يبق الضرر الأعلى لاجل الضرر الأدنى أي لاجل دفعه ومحى الترتيب بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه وتركتنا عليه في الآخرة أي أبقينا نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من

الموجوده في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره حتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ وأن يبين من الجحر لاجله باسمه لانه يرتفع بإبراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز له لان فيه اهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للدني فان قيل اهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الجحر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن ينسب دفع الجحس لا محالة والجحس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولولم يكن أعلى ما يدفع به ضرر الدائن واهدار الأهلية أعلى من الجحس فيكون أعلى من ضرر الدائن وإذا كان كذلك (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع جحر ولا نه تجارة لانه تراص فيكون باطلا بالنص

باب الجحر بسبب الدين

(قوله فلا يترك الأعلى للدني) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ (قوله وانما يكون الاول أعلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولولم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله واهدار الأهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لانه تراص الخ) أقول قال الله تعالى ولانا كلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض

ثياب بدنه ويباع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا اهل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار
 الاهلية تحقيق اهدارها أولا اذا البقاء فرع التحقيق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار أهلية الانسان
 رأسا لان فيه الحاقه باليهائم قلت لان سلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقيق انما هو في
 الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقدرينة المقام
 والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى للثلاثة لم أهل الكتاب وفي قوله
 تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في أكثر كتب
 النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع
 المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في معنى اللبيب وقوع
 لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعدمها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح
 الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لازائدة والالكان عذرا للكفار وعدمها أيضا قوله
 تعالى وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون وقال فقبل لازائدة والمعنى تمتنع على أهل قرية قدرنا
 اهلا كهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا
 من المواقع الاربع المعتبرة وموافق لما نحن فيه فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت
 لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله لا أدنى اذا لمعنى لا يقال يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى فان
 ترك الضرر الأعلى على ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله لا أدنى
 لدفع الأدنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر فساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى ان ذلك فيترك الضرر
 الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم
 ذلك بأن يحمل اللام في قوله لا أدنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر
 الضرر الأدنى لو حوّل اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ويجوز اللام بمعنى عند قد
 ذكر ابن هشام في معنى اللبيب ومثله بقوله هم كتبته لحس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة
 قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه
 أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ
 من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب
 العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الجبر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول
 أعلى لو كان في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا بحالة والحبس ضرر يلحق
 المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى
 من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار أهلية المديون أعلى ضررا من
 ضرر الدائن مستندا بكونه ما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة
 بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا تقر به أن اهدار الاهلية أعلى ضررا من
 الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بلا حيلة
 مقدمة مقررة وهي أن الأعلى من الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي
 كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن
 لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن فوقع
 خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا
 من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذلك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورها بلا بيان * ثم أقول
 في الجواب بحث أما أولا فلا ن قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا بحالة في حيز المنع لجواز أن يختار

المدينون الحبس أبدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ثانياً فلا أن الحبس لو كان
أعلى ضرراً من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر
الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما هو الأساس في إثبات مذهبه في هذه المسئلة مع أن الحبس جائز بالأجماع
ومتعين عند أبي حنيفة ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المدينون الحبس الأبدى مع قدرته على
أداء الدين بعيد جداً غير واقع في العادة لا بغاية النسبة ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب إلا أكثر
وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء لظلم المدينون الدائن
بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث
قال وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل بحبسه وأمره بدفع ما عليه
لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وإشارته إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله
والحبس ضرر يلحق المدينون مجازاة شرعاً ولعل قصده الإشارة إليه كان باعتبار ما ذكره هذه المقدمة أثناء
الجواب والافلام دخل له أصلاً في إثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فإذا
كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضاً لا لمجرد دفع هذا
الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى فإن
قلت هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له وجزاء ظلم المماطلة معاً لكن يندفع به ظلم
المماطلة أيضاً كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن بحبسه أبدأ حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء
ودفعاً لظلمه اه فبقيا من المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن يقال
ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة
أيضاً فيعود انتفاض قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتي وهو
المراد بقول المصنف فيما بعد دفعاً لظلمه لا ظلمه الماضي إذ لا مجال لدفع ما تحقق في الماضي من المماطلة
لأنه عرض لا يبقى والذي جعل الحبس جزاءه إنما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي
مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن أيضاً لا يتمشى النقض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي
كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقاً ومن ضرر الدائن فنقول إن قوله لا يتحمل الأعلى
لدفع الأدنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في
فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الجبر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجوز فيه القياس وبسقوط
النقض بالحبس قطعاً لا يقال الجبر بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو ما روى أن معاذاً ركبته دبون
فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم غنمه بين غرمائه بالخصص كما ذكر في البدائع والتبيين
وبعض شروح هذا الكتاب دليلاً على قول الإمامين في هذه المسئلة لا نأقول أجابوا عنه في تلك
الكتب أيضاً عن قبل أبي حنيفة بأن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان بآفته استعان بالنبي
عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله
عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روى أنه طلب من رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً ببركته اه فظهر أنه لا نص يدل على
جواز الجبر بسبب الدين فتعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من
الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم إن من العجائب ههنا أني قد ابتليت في زمان من الأزمان
بأن أمتحن مع بعض من عدى الأهالي والاعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة
الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب
فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لوفي قول صاحب العناية

(ولكن يحبس به أبدأ حتى يبيعه في دينه) إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه (وقال إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه

في الجواب ولولم يكن أعلى ما تدفع به ضرر الدائن وصليته فجعل كلمة أعلى مضافة إلى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة قبني على هذا الاستخراج خرافات من الأوهام فلما عرض ذلك على الصديقين الذين كانوا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعاء عليه جداً ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الأمر حتى كادت تقع فتنة عظيمة والله درمن قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبس به أبدأ حتى يبيعه في دينه) أقول يرد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر للفساد بأن قال تسامح عبارة في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضاً وجهاً به عبارته هناك من أجل الأبد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى حتى دون إلى فيصير معنى الكلام ولكن يحبس به أبدأ ليكون سبباً لبيعه فلا مسامحة في الجمع أصلاً إذ المسامحة انما هي في الجمع بين الأبد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالأبد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراه المسامحة في الجمع تأمل توقف (قوله وقال إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه) أقول لقائل أن يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلساً بل يجوز الحجر على الغني أيضاً عندهما نظر الغرماء بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن قد ذكر المفلس في وضع المسئلة بخلاف الحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها نقل عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند أبي حنيفة رحمه الله الافلاس في حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولاً وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمناً لحاق الضرر بالمحجور ولا تعلقه بالقضاء بالافلاس اهـ فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في الكتاب في تضعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرر رداهما كقوله في مذهب أبي حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهب مالك لانه عساه يلجئ ماله في فوت حقهم وقوله فيه أيضاً وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص بدل قطعاً على أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذا القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الأقوال المسذورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به ما من يدعي الافلاس فيتناول الغني أيضاً اذا ظهر أن المدينون الذي لا يؤدى دينه يدعي الافلاس وان كان غنياً في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغني الذي لا يؤدى دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة

ولكن يحبس به حتى يبيعه
في دينه إيفاء لحق الغرماء
ودفعاً لظلمه وقال إذا
طلب غرماء المفلس الحجر
عليه حجر القاضي عليه

قال المصنف (ولكن يحبس به أبدأ حتى يبيعه) أقول فان قيل الحبس أيضاً بعدم الرضا كما سبق في الإكراه فلا يصح البيع قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون إكراهاً على البيع فليتأمل قال المصنف (ودفعاً لظلمه) أقول فان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم

ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التجئة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لأنه يمكنه الإبقاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة) فإن التفريق هنا متعين لأنه لما يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (٣٢٨) (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السنين لأجله

أى لأجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذى ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظلما لأنه اضرار بهما بتأخير حق الدائن وتهديب المدينون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضا لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قبل انعام يعكس حيث لم يجزى للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لأنه يلزم ترك أحد الشبهين لان ولاية

ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الحجر على السفينة انما يجوز انظره وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله في فوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالخصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لا إبقاء دينه حتى يحبس لأجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الحب والعنة قلنا التجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما اختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضراراً بهما بتأخير حق الدائن وتهديب المدينون فلا يكون مشروعاً قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره) وهذا بالاجماع لان الدائن حق الاخذ من غير رضاه فله القاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله ديناراً أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً وجه الاستحسان أنهم ما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يساب عن الدائن ولاية الاخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافتراها (وباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقارية بدأ باليسر فاليسر) لما فيه من المسارعة وقيل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه وبيع الباقي) لانه كفاية شمس الاثمة الخلو انى لأنه اذا غلب ثيابه لا بد له من ملابس قال (فان أقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لأنه تعلق به المال حتى لا يمتنع من ابطال حقهم بالاقرار غيرهم

(قوله ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهم من جنس التصرف أيضاً غير واضح والعهد في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلها بتصرف لكان أصح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضاً لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ (أقول) ما ذكرناه انما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحساناً وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصاً بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع التقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو وقول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع التقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار بتدبر

القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره ثبت للقاضي لقوته وقوله (وباع في الدين النقود) (قوله) حاصله أن القاضي نصب ناظر افينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظره

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما اختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق أنفا من قوله ولكن يحبس حتى يبيعه في دينه والامر بهين قال المصنف (فلا يكون مشروعاً) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث

وقوله (بمخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك (٣٢٩) مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل

قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لأنه مشاهد لامرته) بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله (وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه) لأنه لا يجوز اهلاكه لكان الدين الأبرى أنه لو توجه الهلاك اليه بالخصصة لكان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لأجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وأنه في الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظر الايمانين بجانب المدين لان ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لا إذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (بلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله

بمخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لامرته (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لان حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر وهذا الزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيد دعاء الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه والمحتمل فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي

(قوله بمخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بمخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذه بضمانه مقدمة على قضاء الديون كما هو مذهب قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذه بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالأظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بمخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بالاخلاف اه أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما مر تظهيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لان قوله من ماله بأبي ارادتهما فطعا وعن ههنا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المدينون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجهين اللذين ذكرتهما فيهما من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدرى والبدائية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اه وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الجدل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لا مري يعترى الانسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) قوله الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدرى في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف اراد القدرى بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظرة الى الميسرة تعديل

وقوله (يقسم بينهم بالخصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذ القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون في حال صحته لو أترأ أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسب في فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لو ائتمروا بينهم خمسة مائة ولا تخرمهم ثلث مائة ولا تخرمهم مائة إن وماله خمسة مائة فاجتمع الغرماء وحسبوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أموالهم بينهم قال إذا كان المديون حاضرا فله أن يقضى ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فبصرف فيه على حسب مشيئته وإن كان المديون غائبا والمديون ثابتة عند القاضى فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالخصص إذ ليس للقاضى ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله (بينه اليسار ترجيح) اليسار اسم للإيسار من أيسر أي استغنى والاعسار مصدر أعسر أي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى (٣٣٠) الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله (لأنها كثر اثباتا) لأن بينة الاعسار

تؤكد ما دل عليه غيره إذا الأصل هو العسرة نصار كينة ذى اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يجلسه في موضع لأنه حبس) وليس يستحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعى أن يجلسه في مسجد حبه أو في بيته لأنه ربما يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعى (ولو دخل داره لحاجته) كعداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج لان الإنسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل إذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا لاجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو

قال) (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالا إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظر إلى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غادر وأثخ ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الاظهار فبصلح للدفع لا لا بطلان حق الملازمة وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار ترجيح على بينة الاعسار لأنها كثر اثباتا إذا الأصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لان الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لا اختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فينشئ بحبسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأه أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضى على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ

لذلك وأقول كان الاولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله إلى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضى لثلاث اعتراض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله إلى أن قال بقوله قال فان لم يعرف لأفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلنا كما ذكره تبصرته هم (قوله) ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الاخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالخصص أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوجب لزوم

اختيار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لا اختياره الاضيق والاستواء والا شد (عليه الا اذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفعا للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائر الرجل لا يلزم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأه أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) اذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضى بطلب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبائع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ

(قوله قال في المغرب وهو خطأ) أقول ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن مأجورات غير مأجورات (قوله لاستلزامها الخلوة بالاجنبية الخ) أقول يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والضمير في تلازمها راجع إلى المديونة

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فإن قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليه الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد وإنما المستحق به وصف في الذمة أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كالمالك المشتري ملماً وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو ملك به ديناً في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين الإفلاس والمليء فإن قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فأدرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب (٣٣١) أنه معارض بما روى الخصاص

بأسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فإن قيل ما ذكركم من الدليل أن صح بجميع مقدماته لزم أن لا يفسخ العقد إذا كسدت الفلوس لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بأننا لا نسلم عدم التغير لأن موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشك بما إذا عجز المكاتب

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين وبقبض العين تحقق بينهما ما يبادله هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممنوع فأعطى للعين حكم الدين والله أعلم

الاستواء فيما أخذوه وتم المدي هي هنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا بمجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اهـ ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والالزام أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل أطبق على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعي وغيرهم والله أعلم

عن أداء البذل فإن موجب العقد لم يتغير وللولي أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البذل بالقبض لأنه ليس بين حقيقة كما تقدم فإذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المدين بدفع المنقودة وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فإذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما ما يبادله) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتصقان قصاصاً (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا الأسلح أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو يملك به) أقول الضمير في قوله به راجع إلى العقد

﴿ كتاب المأذون ﴾

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الجحر واسقاط الحق عندنا

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الجحر ظاهر المناسبة اذا اذن يقتضى سبق الجحر فلما ترتب وجودا ترتبنا
أيضا ذكرار وما للتناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أرقط في كتب اللغة المتداولة بين
الثقات مجيى الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام
لغة محمل نظر يظهر ذلك لمن راجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه
تفسير بمعنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذن
من أذن له في الشيء اذنا أى اباحه كما صرح به في القاموس بما يلزمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع
الاعمال اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال أما اللغة
فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقة فيما جرح عنه من أذن له في الشيء اذنا
اه ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام
ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل
شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى
اعلام اه فان مدار ما ذكره اتحاد الاذن والاذان حيث استشهد به معنى أحدهما على معنى الآخر
وليس كذلك قطعنا ولا نطهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الجحر وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء أى شيء كان اه
(قوله وفي الشرع فك الجحر واسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان يعنى أن العبد كان محجورا عن
النصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال في النهاية أى اذن المولى لعبد
في التجارة اسقاط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه
وبالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال في العناية فان المولى اذا أذن لعبد في التجارة أسقط حق
نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة
لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط
هذا الحق وتعلق الديون بها اه وقال في الكفاية وفي الشرع فك الجحر واسقاط الحق وهو حق
المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها صونا لحق المولى وانه بالاذن أسقط حقه
اه فتخلص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال
واستجازه عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الامور بغيره بدين برقبته وبكسبه وذلك مال
المولى فلا بد من اذنه كي لا يطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق
ههنا حق المنع لاحق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن
وذلك يأخذ من كسبه جبراً على ما سيأتى والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والمولى ان كان
صيبا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه
حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره فان معنى حق المنع حق
هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة يائسة ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون
الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان
حقه قطعاً وأما ثانياً فلا تارة ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلاً فممنوع

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد
كتاب الجحر ظاهر المناسبة
اذا الاذن يقتضى سبق الجحر
(وهو في اللغة عبارة عن
الاعلام وفي الشرع فك
الجحر واسقاط الحق عندنا)
فان المولى اذا أذن لعبد
في التجارة أسقط حق
نفسه الذى كان العبد
لاجله محجورا عن التصرف
في مال المولى قبل اذنه

﴿ كتاب المأذون ﴾

(قوله وفي الشرع فك الجحر
واسقاط الحق عندنا)
أقول لا يخفى علينا أن
اذن الصبي والمعتوه ليس
فيه اسقاط الحق وسيجيء
تفصيله ثم اعلم أن قوله
واسقاط الحق عندنا
كالتفسير لقوله فك الجحر

(والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه (٣٣٣) الناطق وعقله المميز) لكن

لما كان تصرفه واجب
تعلق الدين برقبته أو
كسبه وذلك حق المولى
المجبر عنه (فلا بد من اذنه
كي لا يبطل حقه من غير
رضاه) فقوله واسقاط الحق
الخ كالتفسيـر لقوله
فك الحجر وقوله عندنا
إشارة إلى خلاف الشافعي
رحمه الله فان الاذن عنده
توكيل وائابة وصحيح
المصنف رحمه الله كونه
اسقاطا عندنا بقوله
ولهذا لا يقبل التأقيت
فانه لما كان تصرفه
بحكم مالكيته الأصلية
وأنها عامة لا تختص
بنوع ومكان ووقت دل
على أنه اسقاط لحق
المولى لا غير اذا اسقاطات
لا تتوقت كالاتفاق
والعناق فان قيل قوله
فك الحجر جواب واسقاط
الحق مذكور في حين
التعريف فكيف جاز
الاستدلال عليه
فالجواب من وجهين
أحدهما أنه ليس باستدلال
وانما هو تصحيح النقل
بما يدل على أنه عندنا
معترف بذلك كما أشرنا
إليه والثاني أن حكمه
الشرعي هو تعريضه
فكان الاستدلال عليه من
حيث كونه حكما لا من حيث
كونه تعريفا وصحيح المصنف
كونه يتصرف بأهليته نفسه

والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز
وانتجابه عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الامور جبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال
المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

كيف وسياقي أنه اذا الزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك
للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما
اذالم تحيط به مادون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه
بالكلية البتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته
أيضا بالنظر إلى البعض الساقط بقدر الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا
يضر اذا المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل
التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب
المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فانه تفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما
يتناول الاذن لا الاية والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة
وقال هذا ما ذكره في المبسوط والابحار والذخيرة والمغني وغيرها وقد اذنت في أثره الامام الزيلعي
حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر اه (أقول) كون حكم الاذن
ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقر عندهم انما هو أثره الثابت به المترتب
عليه وقد أشار إليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة
أن ما يثبت بالشيء ويصير أثره متربعا عليه لا يصلح أن يكون تفسيره لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطاة
* ثم أقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا وأما
بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناول الاذن لا الاية ولا التوكيل
لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اه فيجوز أن يكون المراد
بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبنى للفعول فيؤول إلى معنى انفكك الحجر ويصير صفة للحجر
ولاشك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبنى للفاعل وصفة للاذن
فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكم الاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكك أثر ثابت بالفك
كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه إلى التحفة
حيث قال وأما حكمه فذلك المأذون ما كان من قبيل التجارة وبوابها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن
كذلك إلى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكمه
إلى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه
الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا
لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه
أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للكاتبة مع
قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضاها وأدنى طريق قضاها ملك اليد فهو
الحكم الأصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل إليه فانه هو الحكم الأصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك
يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات فبقي اختيار البائع البيع يثبت ملك
العين للوارث على سبيل الخلاف عن المورث يتصرف بأثر المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا

(قوله كما أشرنا إليه) أقول يعني بقوله وصحيح المصنف الخ

بقوله (ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو أقر على نفسه (٣٣٤) بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته

ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبد يوماً أو شهراً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه لأن الاسقاطات لا تنقوت ثم الأذن كما ثبت بالصرح يثبت بالدلالة الكتاب وفي عامة كتب الأصول (أقول) فيه بحث لأنهم إن أرادوا أن الرقيق له ملك البدأ بهلية الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدير مملوك له يدا الرقبة والقن مملوك له يدا ورقبة فإن الرقيق إذا كان مالكاً كايده فكيف يكون مملوكاً لمولاه يدا في صورة أن كان قنّاً أو مديراً وإن أرادوا أن له ملك البدأ بهلية المكتسبة من مولاه بالأذن أو الكتابة فلا يتم التقرير بآذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه (قوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى (قال في العناية وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الأذن أيضاً لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلنا عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فانه عاك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضى شئ منهما ما أن يكون له مال كما لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعها ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهما هما الغالب وقوعهما في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء اه وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء اه (أقول) في كل من اراده وجوابه سقامة أما في الأول فلا لأنه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر وأما في الثاني فلا نبصدد اثبات ما قلنا أن العبد المأذون له يتصرف بعد الأذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلاً فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو جلت على مذهب الخصم لم تسلم أيضاً لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يقدح الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله) ولهذا لا يقبل التأقيت

قبل الأذن أيضاً لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فإن قيل العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك أوجب بأن حكم التصرف ملك البدأ والرقيق أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فإن قيل لو كان الأذن فذلك الجحر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الجحر بعده لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود أوجب بأن الرق لما كان باقياً كان الجحر بعده امتناعاً بحق الاسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (ثم إن الأذن كما ثبت صريحاً يثبت دلالة

(قوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة الخ) أقول قال صاحب الهداية في أول الوكالة أن وكل صبياً محجوراً عليه يعقل البيع

والشراء وعبد محجوراً عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتعلق بموكلاهما (قوله) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء) أقول بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء ثم اعلم أن قوله وهذا إشارة إلى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله) والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

كما إذا رأى عبده يبيع (و يشتري فسكت يصير ما أذننا خلافا لفرق والشافعي رحمه الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول قالا السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعله يكون مجورا والمحتمل لا يكون حجة وقتنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان إذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي إلى حقوق ديون عليه وإذا لم يكن ما أذننا تأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضراء بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضراء في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي رأى من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا إذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا وإذا رأى رقيقة يزوج نفسه وسكت لا يكون اذنا فالفرق أحجب بأن الضرر في التصرف الذي رأى متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر إلى ضرر رمتوهم كونه اذنا بالنظر إلى متحقق (٣٣٥) وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله

وفي الرهن لم يصير سكوته اذنا لان حجه له اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكما لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما يصير السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله لان السكوت انما يصير اذنا

كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير ما أذننا خلافا لفرق والشافعي رحمه الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبيا باذنه أو بغير اذنه ببيع صحيح أو فاسدا

قال صاحب العناية وصح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فان قيل قوله فلك الجرح واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما ما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل عما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا إليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظرا ما في الاول فلان تصحيح النقل عما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فسامعني قوله انه ليس باستدلال وأما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وان كان أثرا مترتبا عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصواتنا أو نحو ذلك ولا يخفى أن تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً وتظهر هذا ما حققوا في فقه من أن المنع والنقض والمعارض في التعريفات انما تتوجه إلى الاحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبيا باذنه أو بغير اذنه ببيع صحيح أو فاسدا) قال الامام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا كذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيه خان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول)

واجازة دفع الضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفاً لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في أن سكوته اجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضرر محقق للمولى فلا يكون السكوت اذنا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبيا باذنه أو بغير اذنه ببيع صحيح أو فاسدا)

(قوله اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول اهما أن يقول ذلك لحاجة المعامل حيث اغتر بعبد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول اذا كان حقوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضا متوهم فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد لا بد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لأجل دفع الضرر حيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فباعه فبقيت تصرفه في تصرفه لم يكن مأذونا له ولولم يكن المولى راضيا به لمنع دفعه للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عبدا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بخلاف فيبيع ويشتري ما يملكه من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلي باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الاعيان لانه أي يبيع الاعيان أصل التجارة والمنافع امكنها فأنه بالأعيان ألحق بها (ولو باع بغير سيرة جاز) بالاتفاق (لتعذرا لاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالوا البيوع بالغبن الفاحش خلاف (٣٣٦) المقصود اذا التصود بالبيع الاسترباح دون الاتفاق فكان بمنزلة التبرع ولهذا

اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولا أبي حنيفة رحمه الله أن البيوع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحري يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينقذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض بغير من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيوع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الأمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الأمر وهذا لا يوجد في تصرف

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فباعه فبقيت تصرفه في تصرفه لم يكن مأذونا له ولولم يكن المولى راضيا به لمنع دفعه للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذا عا ما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد به ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما يملكه من أنواع الاعيان لانه أصل التجارة (ولو باع أو اشتري بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيوع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حاي في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان من جميع ما بقي) لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فاردد البيوع كما في الحر كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه وليس الأمر كما فهمه اذا الظاهر أن مراد الامام قاضيان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتين اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بل لا ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عبدا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافاه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعبرات قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه فيصير مأذونا في التجارة عندنا لا في البيوع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصير مأذونا اه وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الأصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينه عنه ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فباعه فبقيت تصرفه لم يكن مأذونا له ولولم يكن المولى راضيا به لمنع دفعه للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

المأذون لما أمر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيوع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف التعليل الصبي) اذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو حاي العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولا فبما بقي بعد قضاء الدين يكون كالهبة (لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا الواسطة الوارث حقه في الثلثين لئلا يتصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا بماله) تبطل المحاباة (يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فاردد البيوع كما في الحر)

يعني اذا جاني في مرض موته (ولما اذن ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له ان يرهن ويرتهن لانهما باقيا واستيفاء وهما من توابع التجارة وملك ان يتقبل الارض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض من ارضه لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار (٣٣٧) بالدرهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه

شيء بخلاف الاستئجار بالدرهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو أجرة نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو أجرة نفسه بالدرهم جاز كما سيجي فكذا هذا (وله ان يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لانه يقصده الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر به (وله ان يشارك شركة عنان) وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويُدفع المال مضاربة) يأخذها لانه من عادة التجار (وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) في أحد قولي (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائباً عن مولاة في التصرف في كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنه بل يبيع عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه

(وله ان يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله ان يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرتهن) لانهما من توابع التجارة فانه باقيا واستيفاء (ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الأجراء والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الارض من ارضه) لان فيه تحصيل الربح (ويشتري طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصده الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر به (وله ان يشارك شركة عنان) ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله ان يؤاجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحصر به والرهن لانه يجبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا ينحصر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن ما ذونا تناخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باقوا حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال له ما ان يقول ذلك لحاجة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بوارد لان المعامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاء عنه ويؤديه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاء عنه ويؤديه عليه فاذا لم ينهه علم أنه راض فجعل سكوته اذا دلالة دفع الغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقاً منه فيباعدونه جلالاً له على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حاجته وهلا تكون النظائر لما علمه دون خلافه * ثم أقول ببق شيء في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبراً مع أنه أيضاً غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فالفرق والرجحان لا بد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن اذا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذا واذا رأى رقيقه تزوج نفسه وسكت لم يكن اذا فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه

(٤٣ - تكمله سابع) رأس ماله) لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (وما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب) (ملك التصرف فيه) ضرورة والمأذون ملك التصرف في نفسه والتصرف فيها ما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها لا جاز أن يكون من حيث ذاتها لا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما اذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود

قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها) وقال زفر والشافعي لا يكون مأذونا إلا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف إذا نهى عن التصرف في نوع آخر لهما أن الأذن توكيل وإناطة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهة ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا عملنا بحجته في تخصيصه به كالمضارب ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع

قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الأذن عنه نافذة الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رجحنا الله أنه توكيل وإناطة وعلى ذلك تنبئ هذه المسئلة وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبر مثلاً دون غيره (كان مأذوناً له في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهى عن نوع فالأذن توكيل وإناطة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهة وهو الحكم يثبت له (أي للمولى دون العبد ولهذا عملنا بحجته في تخصيص الأذن بما خصه به كالمضارب) إذا قال له رب المال عمل مضاربة في البر مثلاً (ولنا أن الأذن بإسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) في أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصص

ولا يلزم من كون السكوت إيجاباً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إيجاباً بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله وفي الرهن لم يصير سكوته إيجاباً لانه إذا بطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضاً يتضرر ببطول ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوج نفسه فأعلم بصر السكوت فيه إذا قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام لأن السكوت انما يصير إذا أجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لأن النكاح يكون موقوفاً لأن نكاح المملوك للمولى لم يفسد من إصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأما كونه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظراً لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته وانما هو في أن سكوته إجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال إن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذاً إلى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى أن النظر غير وارد لأن كون السكوت إذاً كان لاجل دفع الضرر بحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذاً أه (أقول) كانه لم يفهم مراد من أورد النظر إذاً كلام في أن كون السكوت إذاً كان لاجل دفع الضرر وانما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا إذا شك أنه موقوف على إذن المولى فإن كان سكوته إذاً محقق الضرر فيه والافلاحيث احتمل أن يكون سكوته إذاً في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفاً على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وإن بني عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها إذاً لزم المصادرة أذ هو أول الكلام الذي طوالت الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال وهذا هو المراد به في النظر وانما هو في أن سكوته إجازة أو لا تأمل نقف (قوله وعلى هذا الخلاف إذا نهى عن التصرف في نوع آخر) يعني إذا نهى عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع محدد وصرف منها فالخلاف فيه كالحلاف فيما إذا سكنت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكنت عنه يكون مأذوناً في جميع التجارات خلافاً لزفر والشافعي كما ذكر في الإيضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذلك لو كان أذن له إذا عاها ثم نهى عن نوع أه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح إذا المراد به ما قررناه أن يبادل عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا نهى عن التصرف في نوع آخر وبأي ذلك ما قاله صاحب العناية قطعاً كيف ومسئلة الأذن العام قد مررت مع متفرعاتها في الصحيفة الأولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الأذن في نوع خاص فلا معنى لخطئه حديث الأذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع (أقول لقائل أن يقول إن أريد أنه إسقاط الحق بجملته وفك الحجر بذمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هيبه واقراضه ونحوه ما من التبرعات وليس كذلك قطعاً كما سأل في الكتاب وإن أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى إذاً يلزم منه إسقاطه وفك في جميع

انذاك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فلك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد أن يتزوج فلا تله ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى وله هذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر لاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البزود الخ أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو مما نعمة بالسند أي لانسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والتفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه وموضعه أصول الفقه قال (وان اذن له في شيء بعينه) اذا اذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول (٣٣٩) اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا بالكسوة

أو طعاما رزقا لاهل لم يكن مأذونا وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح اقراره بدين تستغرق رقبته ويؤاخذ به باقي الحال فلا يستجري أحد على استخدام عبده فيما اشتدت اليه حاجته لان غالب استعمال العبد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو أنه ان اذن بتصرف

بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والتفقة وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه قال (وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون) لانه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين بالكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا بنسده عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اذني الغلة كل شهر كذا أو قال اذني ألفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقعده صبغا أو قصار لانه اذن بشراء مالا بده منه وهو نوع فيصير مأذونا في الأنواع

التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد أنه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا برد للنقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلما قل أن يقول أن أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيد به بذلك فهو ممنوع كيف ولا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذنا تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب قلت ذلك التعليل ليس بتمام اذ لقائل أيضا أن يقول انما يكون التخصيص تصرفا في ملك الغير أن لو أطلق الاذن أو لا يتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك

يتكرر صرحا مثل أن يقول اشتر لي ثوبا وبعه أو قال بعه هذا الثوب واشتره بثمنه أو دلالة كما اذا قال اذني الغلة كل شهر أو اذني ألفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقعده صبغا أو قصار لانه اذن بشراء مالا بده منه دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرر بتكرار العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صرحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول دون الثاني فتأمل

(قوله اذنا تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغي أن لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف في ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفي الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجيب بأن الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعني لانسلم أنه فلك الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فتمام تظهر قوة هذا الدليل لا يتدفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا مالك له فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز) اقرار المأذون له بالديون والغصب والودائع جائز (لان الاقرار به من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصب بفلان الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لآدى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين العمة كافي الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهم من المال والكسب (بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة) كالأقراة وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فاقضها فانه لم يصدق فيه (لانه كالمحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فاقراؤه باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فلك الحرام بما يظهر في حق التجارة فماليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور قال (واليس للمأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مما يليكه) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالأذن (فكان كالاجارة وقالوا الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج (٣٤٠) العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهم ما خلا فالأبي يوسف رحمه الله قال في النهاية

في هذه الرواية نظرا لانه ذكر
قبل هذا في كتاب المكاتب
من هـ. ذا الكتاب أن لهما
يعني الاب والوصي أن يزوجا
أمة الصغير بلا خلاف
حيث جعل الاب والوصي
هناك في رقيق الصغير بمنزلة
المكاتب وللمكاتب أن
يزوج أمته لانه كنسب
لاستفادته المهر قال وما
ذكره في المكاتب أصح لانه
موافق لعامة الروايات من

إذا كان الكلام فيما إذا قيده أولاً فقال أذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لآخر وله حكم مستقل ولا آخره الذي هو قيده حكم آخر بل للجموع حكم واحد يتم أولاً

رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على أن في المسئلة وايتين بآخره
قال (ولا يكتب لانه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال
والبدل) وان كان مالا (لكنه مقابل بثلث الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة الا أن يحيزه المولى ولادين عليه) لان هذا عقده مجيز حال
وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء وبيانه ما قاله (لان المولى قد ملكه) لان كسب العبد المأذون
خاص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة (ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بدل الكتابة
والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ
العتق من جهته ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيرا أولا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن أن يجاب
عنه بآيات الو كالة بطريق الانقلاب وانما قال ولادين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا بطلت كتابته وان أجازة المولى لان
المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو أكثر

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا) أقول قال الامام العلامة الزيلعي وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولم يفي يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع اصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسئلة على قول من يأبى هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اهـ (قوله قل الدين أو كثر) أقول فيه بحث

(ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يجز المولى فان أجاز لادين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض (٣٤١) لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف

بذل الكتابة فانه يؤدي في حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي السير من الطعام أو يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى أن أهدها غير المالكولات لا يجوز أصلاً ولا أهدها السير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلاً عشرة آلاف درهم فأتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً وان كان مال تجارته عشرة دراهم مثلاً فأتخذ ضيافة بمقدار دنانير فذلك يكون كثيراً عرفاً والهدية بالمال كقول كاتبة ضيافة به والقياس أن لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في السير لانه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغنى من الصارف فكانه أريد المجهر وهو الذي يبعث

قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا أن يهدي السير من الطعام أو يضيف من طعامه) لانه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الخط أنظره من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المجابة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته ببيع الغرماء

بآخره من أين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جداً ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الجرح واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانه ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الابولى والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى وهذا جاز أن يجبر عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في البزidon الخز أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فلا مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال وارداً الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشئ أما أولاً فلأن حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ولا يفتى أن ثبوت كون العبد متمصرفاً بأهليته ومالكيته لا يدفع ويرد ذلك لئلا شك أن المتمصرف بأهليته ومالكيته لا يملك الاضرار بالغير اذا اضرار في الاسلام وأما ثانياً فلانه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة والايك أن يفسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته ببيع الغرماء) أى يبيعه القاضى لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الجرح على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضى العبد بغير رضا مولاه محجور عليه أجيب بأن ذلك ليس محجور عليه لانه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه اذا لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء ومحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضى على الورثة ان

التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فخر الى المجاهر كذا في المغرب وباقى كلامه ظاهر قال (وديونه متعلقة برقبته) اذا وجب ديون على الأذن بالتجارة أو بما هو في معناها فان كانه كسب ببيع يدينه بالأجاء وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (بيع الغرماء

(قوله بخلاف بديل الكتابة فانه يؤدي الخ) أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مدينوناً لا تجوز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة وفيه وجه آخر فتدبر

حاصلا لا تقويت مال حاصل وذلك أى غرض المولى حاصل فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل للمولى وقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك) لانه نوع جنائى واستهلاك الرقبة بالجنائى لا يتعلق بالاذن) ولهذا لو كان محجورا عليه يبيع بذلك وايس الكلام فى ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن (ولنا أن ذلك دين واجب فى ذمة العبد يظهر وجوبه فى حق المولى) بالاذن وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه فى حق المولى (تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك) والجامع دفع الضرر عن الناس (قوله وهذا) إشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخل تحت الاذن بلا خلاف فسيهدا اخل تحته واذا كان داخل تحتها كان ملتزما فلم يمتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

الآن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال قد كان له وذلك فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائى واستهلاك الرقبة بالجنائى لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد يظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخل تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يبعد حجر الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظرا لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتى ذلك كله فى الكتاب فبسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن يفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن يفديه المولى إشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن يفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا إشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهم أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثبوت فى المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع فى كل من تينك الصورتين أيضا من أين حصلت الإشارة الى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الإشارة اليه فى قول المصنف الآن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخل تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا إشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخل تحت الاذن بلا خلاف فسيهدا اخل تحتها واذا كان داخل تحتها كان ملتزما فلم يمتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى اه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن الاوجه هو الذى ذكره نائبه بقوله ويجوز أن يكون بيانا للخوان كان أسلوب

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قوله - ما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له الخ وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرض المولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرض المولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء به لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لادين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جارا للمافات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قليل وليس بواضح وذلك لانه لا تنافي بينهم ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانيين وعند عدمه يستوفى من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يقوته وهلاكه في ملكه لا يخرج عنه المقابلة والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لان الشراء بعين نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى (٣٤٣) كانه اشترى الديون التي على العبد

بالعبد ولولم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بعين وهو نادر وتحقيقه أنه لو لم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكرنا من المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهب ما فان المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما ينبغي وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتم تعلق به ما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء لحق الغرماء وابقاءه قصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناه كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمنان الغصوب والودائع والأمانات اذا جحدتها وما يجب من المقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقههم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة في الجمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب وأما بالجمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبته العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فتعلق الدين برقبته ومما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب

يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهم ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانيين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار المدا من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذا لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء ومجرأ المحجور غير متصور وهو كانه كة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعتد بحجر الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر

(قوله قبل وليس بواضح الى قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بعين يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكرنا من المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول قوله الاول أراد به ما تقدم تسعة أسطر تخميناً وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكرنا من المعترض أراد به ما تقدم بستة أسطر تخميناً وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثاني أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) اذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب (٣٤٤) كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقي عليه شيء

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فان فضل شيء من ديونه طواب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يمنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له

الكافي دليلنا هنا حيث قال ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبته العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا انه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره في حق المولى فلا نسب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذنا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المجبور حيث ثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا اصل الاولى ان يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اه وكاته أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدرابة في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهي أي التجارة داخله تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزقرو الشافعي ولو كفي في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخله تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى أن العدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه أي ديون العبد طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اه كلامه (أقول) في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فامعنى الشرطية وكان حق التحرير أن يقول فابقي عليه شيء من ديونه طواب به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شيء من ديونه طواب به بعد الحرية فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالدين بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسن الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول

من ديونه) أي ديون العبد (طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانيا كي لا يمنع البيع) فان المشتري اذا علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشتري) لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الاذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول

(أقول)

شرط الخلوص له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك

(قوله ولا سبيل لهم) أقول بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق تعينه التعلق بكسبه أيضا

(ولولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كراثها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه أنه يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما زمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلاً وإن أخذ شيئاً رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقرر قبله للمولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بإبقائه على الأذن بسبب ما يصل إليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لجر عليه فلا يحصل المكسب وأما لزومه على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم أذن المولى لعبد ما أن يكون شائعاً ولا فإن كان الأول لم يجبر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس بمالهم رضوا به من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لأن العبدان اكتسب شيئاً أخذ المولى وأن لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه في تأخر حقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك أي يتعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على أذنه إلى أن يعلم بالحجر لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من (٣٤٥) خالص ماله بعد العتق ولم يرض

به فكان كالأكيل إذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الأرجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وإن بايعه الذي علم بحجره لأن الأذن لا تجبراً ابتداءً ألا ترى أنه لا يجبراً ابتداءً فكذلك بايعه ولو حجر في بيته بمحض من أهل سوقه الحجر لأن المعتبر شيوع الحجر واشتاره في مقام ذلك مقام الظهور وعند الكل دفعاً للعرج كافي تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وإن كان الثاني بأن لم يعلم بالأذن إلا العبد ثم حجر عليه بعد علم منه يجبر لعدم الضرر والاضرار قال (ولومات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) فقدم أن التصرف

(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يمكن منه يجبر عليه فلا يحصل المكسب والزيادة على غلة المثل يردّها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فإن حجر عليه لم يجبر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انجبر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الأرجل أو رجلان لم يجبر ولو بايعوه جازواً بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحض من أكثر أهل سوقه يجبر والمعتبر شيوع الحجر واشتاره في مقام ذلك مقام الظهور وعند الكل كافي تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد أذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالأكيل إلى أن يعلم بالعزل وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط شيوع في الحجر إذا كان الأذن شائعاً أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعد علم منه يجبر لأنه لا ضرر فيه قال (ولومات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون محجوراً عليه) لأن الأذن غير لازم وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى له دوامه حكم الابتداء وهذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الأذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللعوق لأنه موت حكمي يقسم ماله بين ورثته قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي يبقى مأذوناً لأن الأبق لا ينافي ابتداء الأذن فكذلك لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الأبق مجرد دلالة لأنه انما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه

(أقول) قد أخل بحق المقام بما زاده فإن التشبيه بكسب غير مستزاع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصاً بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يتم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجر يانه في صورتين معاً بلاتفاوت كيف ولو كان مخصوصاً بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الأولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يعهد مثله من المصنف رحمه الله

(٤٤ - تكمله سابع) إذا لم يكن لازماً كان لدوامه حكم ابتداءه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالا ابتداءه على هذا إذا مات المولى أو جن جنونا مطبقاً وقد تقدم في الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب اشجراً المأذون لا تنفاه الأهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكماً لأن المحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذوناً لأن الأبق لا ينافي ابتداء الأذن) فإن المولى إذا أذن لعبد إلا بقاء في التجارة وعلم به العبد كان مأذوناً لأن لا ينافي بقاءه أولى لأن البقاء سهل من الابتداء (وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبد المغصوب الذي يمكن له أن يأخذ بأن يكون له بينة أو يكون الغاصب مقراً صريحاً وكونه مغصوباً لا ينافي الأذن فكذلك كونه آبقاً (ولنا أن الأبق مجرد دلالة لأنه انما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه)

(قوله ومعناه أنه يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما زمته الديون الخ) أقول قوله بعدنا طرأ إلى قوله أن يأخذ قال المصنف (وان بايعه الذي علم بحجره) أقول لفظة أن للوصل (قوله وصار كالغصب فإن المولى لو أذن لعبد المغصوب) أقول الأولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبقى الأذن على ما كان إذا خلا في صحة الأذن بعد الأبق حتى يحتاج إلى دليل

ولم يتحقق ذلك من الآتي فلا يكون راضيا به وانما يمكن ما نفي في الابتداء لاننا جعلناه حجرا دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عاد من الاياق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجرا عليها) اذ لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بحجرا اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو اذن لام ولد له حاز فكذا اذا استولد له بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رجحهم الله حجرا بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحسن أم ولده ولا يرضى بخروج وجهه واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لا تلافه محلا لتعلق به حق الغرماء اذ به يمنع البيع وبه يقضى حقهم) قال (واذا استدان الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) (٣٤٦) معناه ظاهر وانما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها ديون الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكمها) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للدين حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه قال (واذا جحر على المأذون له فاقرار له جائز) اذا جحر على العبد المأذون له فاقرب بما في يده من المال لغيره وولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقرب ما في يده أنه أمانة لغيره) وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصب فيبين أن المراد به التميم وقدم الامانة لذلك فيقضى بما في يده للمقر له (وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لاقراره اما الاذن أو البند ولا شيء منهما يجوز جوده الحجر أما الاذن فلزواله

بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا اولدت المأذون لها من مولاه فذلك حجرا عليها) خلافا لزفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحسنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون) لا تلافه محلا لتعلق به حق الغرماء اذ به يمنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدان الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فاقربها المولى فهي مأذون لها على حالها) لان عدم دلالة الحجر اذا العادة ما جرت بنحو بين المدبرة ولا منافاة بين حكمها أيضا والمولى ضامن لقيمته المأذون له في أم الولد قال (واذا جحر على المأذون له فاقرار له جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقرب بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقرب بين عليه فيقضى مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره له ما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره واهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد

قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذ لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصح الا بقاء محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاياق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاياق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في ودعية المبسوط بقوله عبد استودع رجلا ودعية ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الودعية تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن اسدا لمحجورا اعتبارا لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون

بالحجر وأما اليد فلا أن الحجر أبطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بأننا لانسلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع ودعية ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الودعية كئوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها اذ لم يعلم المودع أن الودعية كسب العبد أما اذا علم ذلك فلمولى أخذه وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لا بطلان الحجر يده مسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يتابع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولا يبي حنيفة رحمه الله أن المصحح لاقراره هو اليد

قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول بخلاف لما سبق في المضاربة

ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده (لزوال المصحح) (واليد بآنية حقيقة) (٣٤٧) وحكما أما حقيقة قطا هرا لا

الكلام في الاقرار بما في يده وأما حكما فلا يشترط بطلانها بالجرح حكما عن حاجته واقراره دليل تحققة واقائل أن يقول الاقرار دليل تحققة الحاجة مطلقا وعند صحة والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصح أخذه في الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققة جلال الحال المقرر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققة الصبح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أوجب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلا أن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار وأما حكما فلا أن النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده أصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله (على ما عرف) إشارة الى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعني به الاذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعبده ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا جرح المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا يصد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان ذلك كره هذه المقدمة أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد بآنية حقيقة وشرط بطلانها بالجرح حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققة بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما يباشره قبل البيع

وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا أن ليد اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشي في ودعيعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد أدى له يد حكمية فلا يكون اولاه أن يأخذه من المودع مالم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا ويلها في الفصل السادس عشر من ودعيعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الودعيعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فله مولى حتى لا اخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اختلف في أثر صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى (أقول) ذلك الجواب لا يضمن ولا يغني عن جوع فان تأويل تلك المسئلة بما ذكره كونه مما يباياه قطعاً ما ذكره الامام الاستروشي في ودعيعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما عرف في آخر السؤال لا يجدي نفعا في دفع الاشكال النائي من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الودعيعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية ومالم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقوله ما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعا مما ههنا لاننا نقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الجرح بأن ما في يده أمانة لغیره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذاك معتبرة على مقتضى ما عرف في مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الجرح بأن ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين المصوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك المصوب منه كما سيجي في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم (قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعبده ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا جرح المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا يصد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان ذلك كره هذه المقدمة أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبديل العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسليم والردي عيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولو لا تبديله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة

قال (واذا الزمته ديون) اذا الزمته ديون فلا يخلو اما ان تحيط بماله ورقبته أولا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا
أذن للعبد فاشترى عبدا يساوي ألفا والمأذون أيضا يساوي ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن
يكون عليه ألف درهم م في الاول لم يملك المولى ما في يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبي حنيفة رجحه الله وقال لا يملك ما في يده
ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فان ملك الاصل عالة الملك الفرع (ولهذا يملك اعتاقها) يعني الرقبة
(ووطء الامة المأذون لها وهذا) أي المذ كود من ملك الاعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك في الكسب موجودا على
الكامل فملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو أحاطة الدين فانهم يمتنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها
الديون فانهم يمتنع اعتاق الوارث (٣٤٨) أجاب بقوله (بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للوارث) بإسقاط ماله الى أقرب الناس

اليه ولهذا يقدم الاقرب
فالاقرب ولا تنظر للوارث في
ذلك عند أحاطة الدين بتركته
(بل النظر في ضده) أي في ضده
ثبوت الملك للوارث وهو
قضاء الدين لانه فرض عليه
والميراث صالة واذا كان
سبب الملك النظر وقد فات
فات الملك ولا يعتق في غير
الملك (أما ملك المولى فما
ثبت نظرا للعبد) ليراعى
ذلك بعدم العتق حتى
تقضى ديونه (واذا نفذ العتق
عندهما يضمن قيمته
لغير ما يتعلق حقهم به
ولا يحنيفة رجحه الله أن
ملك المولى انما يثبت خلافة
عن العبد عند فراغه عن
حاجته كملك الوارث على
ما قررناه) يعني في مسألة
تعلق الدين بكسبه (والمال
الذي أحاط به الدين مشغول
بها فلا يخلفه فيه) يعني
كما أن الدين المحيط بالتركة
يمنع ملك الوارث في الرقبة

قال (واذا الزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق
عند أبي حنيفة وقال لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك
رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له
نظرا للوارث والنظر في ضده عند أحاطة الدين بتركته أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد وله أن ملك
المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين
مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالتعق فربقه واذا نفذ عندهما يضمن قيمته
لغير ما يتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جازعته في قولهم جميعا) أما عنددهما
فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قايه له فلو جرحه لمانع الانسداد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو
المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق بمنعه

يكون قوله المذ كود لغوامن الكلام ولا ينبغي ذلك للمصل المصنف والوجه عندي أن يكون مراده
بما ثبت بحكم الملك في قوله المذ كود يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط
بط لا تخفى بالجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يسبق
ما ثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكاما لم يفرع
عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله واذا
لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال في العناية اذا الزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته
أولا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوي
ألفا والمأذون أيضا يساوي ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن
يكون عليه ألف درهم اه (أقول) لقائل أن يقول هذه القسمة ليست بحاصرة اذ هنا احتمال
قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقررت فيما مر أنه
يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه أن تعلق
الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي
هو كسبه فكانت الاقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما اذا الزمته ديون ولهذا لم
يلفت الى قسم آخر هو احتمال عتق محض لا لتحقيق له في الشرع (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله
جازعته في قولهم جميعا) الظاهر أن مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جازعته في قولهم

فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضوعين لانعدام أعلية الملك في المال فالمت
ليس بأهل للملكية كالرفيق لان الملكية عبارة عن القدرة والموت والرقبة ينافيان ذلك بل منساقاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك
حكم القيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرفيق (واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عرف العتق وعدمه لكونه فرع) فن قال
بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفي الثاني يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه في قولهم جميعا) أما عنددهما فظاهر وكذا عنده لان
كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسداد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك
الوارث والمستغرق بمنعه) وأما الثالث فلم يذكروه في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن يبيع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز

(قوله فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعني المانع عن ثبوت الملك

بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتمتع بالمالية لا غير فافتقر فأى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك بذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة بإيصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيه به ما بهما هذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمرضى المديون في تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل إيمان تساوى المحاباة (٣٥٠) باليسير والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان

وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء يتعلق بالمالية لا غير فافتقر فأى أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يدفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحابة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتممة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء وهذا ان الفرقان على أصلهما

المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقبته ولهذا الاعتصق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قواهم جميعا فليتنامل في التوجيه (قوله وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبمخلاف اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه (أقول) بل قوله لانه معطوف بلام معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله وبمخلاف ما اذا باع الأجنبي عند أبى حنيفة رضى الله عنه على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعني قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملائمتان بخلاف ما اذا باع الأجنبي وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق ألف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملائمة بخلاف ما اذا باع الأجنبي والمسئلة الاولى ملائمة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لأن كلتا المسئلتين ملائمتان بكلتا الخلافين فاذن

يسيرا وكثير لا يجوز فلا يخبر وعلى مذهبه ما يجوز ولكن يخبر المولى (وجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (دفع الضرر عن الغرماء وبهذا يدفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بمخلاف البيع من الأجنبي بالمحابة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما) أى من المولى والأجنبي متردد بين التبرع والبيع أما التبرع فلما لا البيع عن الثمن في قدر المحاباة وأما البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتممة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع

من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما يتحقق الا باذن المولى ولا إذن منه في البيع مع الأجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء فيزال بإزالة المحاباة وهذا ان الفرقان) بلفظ التثنية وفي بعض النسخ وهذا الفرقان قال في النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مبتدأ في النسخ الصحيحة والمراد بالفرق بين المولى والأجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالة المحاباة والأجنبي والفرق بينهما في الكثيرية حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبي أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالإزالة وأما أبو حنيفة رضى الله عنه على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام

(قوله فافتقر فأى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

قال (وان باعه المولى شيئاً) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرر برديله لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب عليه على عبده حتى لو أنلف شيئاً من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً فان المولى يستوجب به وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كالأودع عند عبده شيئاً أو غصبه منه (وان أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جازله لانه بائع والبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب عليه ما قلتم آنفاً أجاب بقوله (وجاز أن يكون (٣٥١) للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين)

يعنى يجوز أن يستوجب على عبده ديناً اذا كان ذلك الدين متعلقاً بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط وأما على

قال (وان باعه المولى شيئاً بعث القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمه في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبق في الدين ولا يستوجب عليه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين قال (وان أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جاز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه أنلف ما تعلق به حقهم ببيعاً واستيفاءً منه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أنلف ضمناً فبقى الباقي عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاءً بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يتضمن شيئاً

يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيه آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بعث قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اهـ والجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولاً من التوجيه الوجهية الا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه عمل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضاً أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سيأتى نقلاً وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه

رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً ما ذكر في جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو أنلف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلاً أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لانه أنلف ما تعلق به حقهم ببيعاً واستيفاءً منه) وضمن الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما أنلفه (فبقى الباقي عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعنى القدوري

السابق ويجوز أن يكون بدون الواو في تعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض
 من وارثه لا يجوز عند أي حنيفة في كل حال من هذه الأحوال وهذا الوجه ولكن النسخة بالواو تأباه
 اه كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه قلت ذلك الوجه من
 حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي جواز المحاباة معه
 مطلقا ولا يريد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة أشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه (أقول) ليس
 هذا أيضا واردا لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم
 منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لأنه إذا جازت المحاباة
 معه فلا نجاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف
 ما إذا حاي الأجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل
 القيمة فإذا اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث
 جاز الأول دون الثاني مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف
 ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني أنه
 لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه
 منه بالمحابة وقد سلك ههنا أيضا مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل
 قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا وأولاً أنه أول
 مسئلة موروثة نقضاً على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين
 ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجوز مع الأجنبي جازوا نعم أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على
 بيع المريض من الأجنبي بالمحابة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسديد أما أولاً
 فلا ن قوله لأنه أول مسئلة موروثة نقضاً على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لأنه
 لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجوز مع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لأن مسئلة
 الكتاب ههنا اثنتان أولاً ما قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز وأخراً ما قوله وإن باعه
 بنقصان لم يجوز فكما أن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة
 الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لدفع توهم
 انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الأجنبي وكما أن قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولا شيئاً بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك
 قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولا شيئاً
 بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى
 من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب أي مختصر القدوري دون الأخرى منهم ما ليس بصحيح إذ كلاهما
 مسئلتان منذ كورتان معاً في مختصر القدوري وإن أراد بذلك أنهما وإن كانتا معامستين الكتاب إلا
 أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضاً لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق فقط أحدهما
 يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسئلة بلا وأولاً كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت
 مدعاه وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسئلتى الكتاب وقوله وبخلاف ما إذا
 حاي الأجنبي متعلق بأخراً هما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى قلنا قد تقرر في علم الأدب أن الواو
 مطلق الجمع لا ترتيب فيها قد خواها لا يقتضى التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في إتيان الواو

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه باعه بثمن لا يقي ديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم) وقد اتلفاه اما البائع فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغيب فيخير الغرماء في التضمن وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم (٣٥٣) فلهم الاجازة لان الاجازة الا لا حقة كالاذن السابق) ولو كان

البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفي ديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجي وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه أتلف عليهم محل حقهم وهو المأذون وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله (كافي المرهون) يعني أن الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم أجاز المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهم ما فعد الى الحال الاولى وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخيرون في التضمن (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة الا لا حقة كالاذن السابق كافي المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا

ههنا أصلا وأما ثانيا فلان قوله وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالحياة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فمعنى قوله من قبل ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة مودة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو للعطف فمن أين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أي عين مال الميت حتى كان لا جد لهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فبقيته تعلق بالمسئلة لا غير فافتقر فأى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجر الخ اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناء على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خلافا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافتقر فأى المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أى العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل والعجب أنه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى أن يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري) قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء اه (أقول) انما يقال فان ينبغي أن يكون الضمان

(٤٥ - تكمله سابع) العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فاتهم بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافتقر

(قوله لانهم يستسعون الخ) أقول وعلى هذا في التعليل الذي ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله) وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر الصحيفة السابقة وتكراره لافادة الفرق مع الوصى

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيععه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بغير الدين ليكون البيع بينهما لازماً فذلك لا يوجب لزوم في حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمة به محذوفة من المتن (وفي كل منهما فائدة فالأول) يعني الاستسعاء (تام مؤخر والثاني ناقص) أن لم يف بديونهم (مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم) (٣٥٤) قيل في عبارة تسامح لأن وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم

في هذه المسئلة على المشتري فقط فإن تغيب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغيب لا يمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعهونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجيء في المسئلة الآتية فإن قلت تغيب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الآن في البائع أيضاً سببية له إذ لو لا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الآن سببية ذلك بعينه وقد تقرر عندهم ومن اراد أن الحكم يضاف إلى أقرب الأسباب فتأمل ثم إن صاحب العناية قال ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المئونة فلا يجب عليه الضمان كالوصي إذا باع التركة بغير إذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذکور على مسئلتنا هذه أصلاً لأن وضعها فيما إذا كان عن العبد أقل من قيمته وأما إذا كان عن نفسه أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الأشياء الثلاثة المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم إذا ذلك إجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمن وقد صرح بذلك كثير من النقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة أما إذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب العناية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان أنه لفظ محدد في الجامع الصغير هذا إذا باعه بأقل من قيمته فأما إذا باعه بقيمة أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمن ولكن يدفع الثمن اليهم اه فإذا كانت مسئلتنا هذه فيما إذا كان عن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال إن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المئونة فلا يجب عليه الضمان لأن حقهم كان في بيع العبد بقيمة والمولى قد باعه بأقل من قيمته فصار تعدى فوجب عليه الضمان قطعاً * ثم أقول في الجواب المذکور نظر لأن حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيع العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط لأنهم كان لهم أن يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لافي مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغيب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفائه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذي قالوا به أن يجب عليهم ما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم) قال صاحب

في الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون فإن قيل إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفساد فما بال هذا لا يكون مختاراً للقضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فإذا تعذر عليه بالبيع طوبى به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى

بجانب لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى منزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لأن قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الآن يقوم الدليل على خلافه

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع الخ) أقول فإن قيل كيف يندفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لأن الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضر الثمن والتخليه بينهم وبينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول دلالتها لا تخالو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة) ومحمد وقال أبو يوسف المشتري خصمهم ويقضى لهم بدینهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما ما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينارعه وله ما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام به ما فيكون الفسخ قضاءً على الغائب

النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يني بدیونهم كما هو المذکور في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما ذوني الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يني بدیونهم كان لهم أن يردوا والبيع لقوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يني الثمن بدیونهم وان لم يكن في البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون اللهم الا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فيسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخيلة بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتقض ذلك اللفظ حينئذ بياناً لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول ما ذكره الامام قاضي خان في جامعهم بقوله وتأويله اذا باع بثمن لا يني بدیونهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بدیونهم لم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم محاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد بل وان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يني الثمن بدیونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولاً في الجواب المذکور نظراً آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعديله بقوله لو وصل حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بدیونهم لم يصل اليهم حقهم بالتام ووصول بعض حقهم اليهم لم يقدشياً في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعديل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانياً يمكن الجواب عن النظر الذي أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي أن لهم أن يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى به بل نرد البيع فتتبع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتم في ذلك العذر فافتقرا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يني بدیونهم بدليل قوله والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصاً اذا لم يف بالديون اهـ (أقول) وفيه نظر أما أولاً فلا ينعني قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يني بدیونهم لانه يذهب بفائدة قوله فان وصل في قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتأويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك أن الثمن اذا كان يني بدیونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذ لا يني لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تنصـور فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة وأما ثانياً فلا ينعني انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بدیونهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز

(فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله) وانما قيل بدلاً لانكار لان المشتري اذا أقرب بدینهم وصدهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري خصمهم ويقضى لهم بدینهم) لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينارعه فيما يني بدیه (ولهما أنه لو جعل خصماً لا دعي عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاءً على الغائب) قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل داراً لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما وهو رواية ابن سماعه مثل قوله في هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصر) او قال أنا عبد لفلان فاشتري و باع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر أنه مأذون له فآخبره دأبل عليه وان لم يخبر فتصرفه (٣٥٦) دليل على اذنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه

قال (ومن قدم مصر) او قال أنا عبد لفلان فاشتري و باع لزمه كل شيء من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه اذا الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيق الأمر على الناس (الأنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو مأذون يبيع في الدين) لانه ظاهر الدين في حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالأصل

أن تنتفي المحاباة في البيع ولا يني الثمن بدونهم وجواز أن يني الثمن بدونهم -م ولا تنتفي المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يني بدونهم -م لا يحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا يحسب التجوزا والكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصر) او قال أنا عبد لفلان فاشتري و باع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في النهاية أي فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فإن لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقرار عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فاذكره في الكتاب اه واقتنى أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام ان ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال فان قوالهما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمسك في أحد شي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذا لاخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وأما جعل الاخبار في قولها والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أعم من الاخبار الحقيقية والحكمى وادعاء أن في ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه مأذونا وهو -م وتصرفه تصرف المأذون فتعمل جدا كما لا يخفى فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما -م وجه قياس وجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما -م أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة بخص بها الأثر وترك بها القياس والنظر ولان في ذلك ضرورة وبلاوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشي والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلاوى الى هنا كلامه واقتنى أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز (قوله الأنه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله لانها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعه ولا يستيفه بدونهم -م الا أن يفدى المولى ديونهم -م وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو

مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقرار عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (كي لا يضيق الأمر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلم يقبل قول الواحد في المعاملات لا تحتاج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله (الأنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه أنه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان يبيعه ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما -م الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو -م حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه

فصل لما فرغ من أحكام اذن العبد في التجارة بين أحكام اذن الصبي الا أنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع ودون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره اصابة نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلوم لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لا بكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولا نه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون والي المرافاة لان كونه مولى عليه سنة العجز وكونه والي سنة القدرة فصار كالطلاق والعناق ولا يصحان منه وان أذن له الولي بخلاف الصوم والنفل والصلاة النافلة لانهم لا يقيمون امان بالولي فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كصحتها اذا كانت (٣٥٧) في أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه

فصل (واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره اصابة فيبقى ببقائه ولا نه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف عليه وملك حجره فلا يكون والي المرافاة وصار كالطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقيم بالولي وكذا الوصية على أصله فحققت الضرورة الى تنفيذها منه أما بالبيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات والصبا بسبب الحجر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي

المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله في الرقبة أصلا لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيهما يتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شيء في التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتم امل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها اه

فصل لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام اذن الصبي والمعتوه وقد قدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة ولعمري غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضا عندنا وكان قصد الاكتفاء بذلك البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات الا أنه أثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في افادة تمام المراد وهذا ما في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك في الهداية أيضا مع ظهور منية ما في عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذا التصرف في باب التجارة مطلقة بل لابد من أن يقبل الشراء أيضا بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا بسبب الحجر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي)

لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيجب تنفيذها (أما بالبيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلا أن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البائع والصبي وأما أنه صدر من أهله فلا أنه فاعل يميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه في محله فلا كون المبيع مالا متقوما وأما الولاية الشرعية فلا أنه صدر باذن وليه والولي له هذا

التصرف فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق والعناق لما يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولي بذلك (قوله والصبا بسبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره اصابة وتقريره أنا لان سلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فانما أذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هاديا في أمور التجارة لما أذن له الولي فيه صح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى

فصل واذا أذن ولي الصبي (قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول الظاهر أن يقال الذي يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثاني بناء على انه يستلزم الاول (قوله يعني قلت بصحتها) أقول الضمير في بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضره من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعناق

وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فان
الصبا من أسباب المرحلة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وليه له وبمباشرة
نفسه فكان مرحلة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا
ولاية الولي ليتدارك ذلك (٣٥٨) وقوله (بخلاف الطلاق والعتاق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق

وحاصل ذلك أن تصرفات
الصبي على ثلاثة أقسام
نافع محض وضار محض
ومتروك بينهما فالاول كقبول
الهبة والصدقة يؤهل له
قبل الاذن وبعده والثاني
كالطلاق والعتاق لا يؤهل
له أصلا والثالث كالبيع
والشراء يؤهل له بعد الاذن
لان نقصان رأيه يجبر برأى
الولي لا قبله لكن قبل الاذن
يكون موقوفا على اجازة
الولي لا احتمال وقوعه نظرا
فانه أحد المحتملين وصحة
التصرف في نفسه لصدوره
من أهله في محله فان قبل
إذا باع شيئا بأضعاف قيمته
كان نافعا محضا كقبول
الهبة فيجب نفوذه بلا توقف
وأجيب بأن المعتبر في ذلك
هو الوضع لا الجزئيات الواقعة
اتفاقا (وذكر الولي في الكتاب
ينتظم الأب والجد عند
عدمه) وليس المراد به الترتيب
لان وصي الأب مقدم على
الجد وترتيبه وليه وهو الأب
ثم وصي الأب ثم الجد الأب
ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه
ثم الوالي (بخلاف صاحب
الشرط) يريد به أمير البلدة
كأمير بخارى فكان الوالي

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق
لأنه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء
دائر بين النفع والضرر فيجعل أهله بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منته على اجازة
الولي لا احتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه
والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط أن يعقل كون
البيع سائبا للملك جالبا للربح

هـ- إذا جواب عن قول الشافعي لان حجره لصبا فيبقى ببقائه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية
الصبي في أمور التجارة لالذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا أذن له الولي زال ذلك الغير
لانه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لأذن له الولي فينفذ تصرفه
كما لو أذن المولى للعبد كذا في الشروح (أقول) بردي على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر
كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي
لحصول العلم اذ ذلك أيضا يزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من
الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي أصلا فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما
فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب
العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء
ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فان الصبا من أسباب المرحلة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف
نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحلة في حقه فوجب
اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا ولاية الولي
ليتدارك ذلك اه كلامه (أقول) في تقريره شيء أما أولا فلا ن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف
نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فان تصرفه الذي هو نافع محض
كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي أيضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ
باذن الولي أيضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع
والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله
المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظره وأما ثانيا فلا ن مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول
المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره
وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي
اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا لنظر الصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم أن قول
المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعي ولانه مولى عليه
الخ وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان
ينبغي أن لا يفتي وليه في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية

اختار

أ كبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندى أنه جواب عن ثانی دلیل الشافعی بمنع المناقاة بين كونه وليا وموليا عليه مستندا بان
كونه موليا عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للحجر فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله لنظره (قوله
ولا احتمال تبدل الحال) أقول معطوف على النظره

وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك امكن برده عليه أن التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المدين بدين يحيط بماله دون المولى وأجيب بان ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار المولى ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبأن دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه المولى ودين العبد (٣٥٩) يتعلق بكسبه والمولى أجنبي

منه اذا كان الدين مستغرقا (ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه) عينا كان أو دينا لوليه ولغيره لان ذلك الخبر عنه فكان كالبالغين وأورد بأن الولاية المنعدية فرع الولاية القائمة والمولى لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك بانه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والمولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها (وكذا يجوز في ظاهر الرواية) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه حاجته في التجارة الى ذلك لا لا يمنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر أن الخبر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين وله هذا نفذ أبو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغير الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماليا

(قوله الخ كذلك) أقول يعني تقدم ذكره (قوله

والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لان الاذن فذلك الخبر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صديقا لا يتقيد بتصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا يجوز في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليه بالاختيار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها (أقول) لقائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليتنامل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تميم قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والمولى ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الخبر وعدمه هو في انحجار المولى وعدم انحجار المولى في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقض الاختلاف التصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا لان دين الحر في ذمته لا يتعلق بماله بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا اه كلامه واقتضى أثره صاحب النهاية في ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال (أقول) الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار المولى عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعليل في قول المصنف ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم (أقول) ليس هذا أيضا بسديد أما أولا فلا ن دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقر في علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الأحكام فان الجمع المعروف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرره هذا أيضا في علم الاصول وأما ثانيا فلا ن دلالة في الجواب الثاني أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار المولى عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلا (قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه)

لكن برده عليه الى قوله في مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقد مر من الشارح نقل من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول يعني فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول يعني يتعلق بكسبه أيضا أي كما يتعلق بذمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبي الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم والا فلا تظهر صلاحيته للجواب (قوله والمولى أجنبي منه الخ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرقا لزمه أيضا وأما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

(ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان الولي والوصي يملكانها لأن الأذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة (٣٦٠) ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا بأذن الأب والجدة والوصي دون غيرهم) من الأقارب كالابن للمعتوه والاخ والسم دون القاضي فإنه ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذ كر الولي في الكتاب ينظم الأب والجدة الخ (وحكمه حكم الصبي) إذا بلغ معتوها فأما إذا بلغ عاقلاً ثم عنه فأذن له الأب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياساً وهو قول أبي يوسف ويصح استحساناً وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لأعمال الأقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي بأذن الولي وأجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بأن الولي إنما يملك ذلك لأنه لا يتحقق منه لأن الأقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة وأقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبي بعد الأذن فهو أقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة إلا به لأن الناس إذا علموا أن أقراره لا يصح يتركون عن معاملته فإن من يعامله لا يتم كمن من أن يشهد عليه شاهدان فلهذا جاز أقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لأن حاصله بيان عدم صحة أقرار الولي على الصبي وصحة أقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الإيراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وههنا لم يتحقق الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية يتنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الأذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضاً غير مستقيم لأنه إن أراد أن الولي يملك الأذن بالتجارة وتوابعها فملك أيضاً بنفس التجارة وتوابعها التي من جعلتها أقراره على مال الصبي فممنوع إذا شئت أن أقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلاً فأنى يملكه الولي وإن أراد أن الولي يملك الأذن بالتجارة وتوابعها التي من جعلتها أقرار الصبي على مال نفسه وإن لم يملك نفس الأقرار عليه فسلم ولكن لا يجدي هذا شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن اللازم منه أن يملك الولي الأذن للصبي بالأقرار ولا كلام فيه وإنما الكلام في أن يملك الصبي الأقرار على نفسه بأذن الولي ولاية متعدية من الولي إلى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لأعمال الأقرار على نفسه بالأقرار على الصبي بالأقرار على نفسه في حق نفسه الأقرار على الصبي فكيف تعدى منه الولاية إلى الصبي في حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الأذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الإشكال يصير لغواً من الكلام * ثم أقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية إذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم عذابته وأذن الولي إنما يكون دليلاً على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلاً عليه لأنه يكتسب الولاية من اذنه إلا أن الصبا لما كان من أسباب المرجحة بالحديث لم يؤثر الصبي أصلاً لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الأذن وبعده وأهل لما هو دأري بين النفع والضرب بعد الأذن فقط والأقرار لما كان من توابع التجارة دأري بين النفع والضرب لا يقبل أقراره يحترق الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي له بعد الأذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فإن هذا توجيه حسن وجواب شاف تحسم به مادة الإشكال بالكلية

كتاب الغصب

إيراد الغصب بعد الأذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق أن أقرار

الغصب بعد الأذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق أن أقرار الصبي به دون المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني

كتاب الغصب

إيراد الغصب بعد الأذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق أن أقرار الصبي به دون المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني

كتاب الغصب

(قوله إيراد الغصب إلى قوله ما لا الخ) أقول ويجوز أن يقال نفذ تصرف الغاصب يكون بالأذن كنفاد تصرف المأذون الآن في الغصب بالأذن لاحق وفي المأذون بالأذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعد ما بينتهما من المقابلة فإن العبد المأذون يتصرف في مال الغير بآذنه والغاصب يتصرف فيه لا بآذنه

للمأذون

بالأذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعد ما بينتهما من المقابلة فإن العبد المأذون يتصرف في

مال الغير بآذنه والغاصب يتصرف فيه لا بآذنه

فكان ذكرا النوع بعد ذكرا الجنس مناسبا والثاني أن المصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته
فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتحاشين
متصلا بالآخر من المناسبة لأنه قد قدم الأذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع والغصب في اللغة أخذ
الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوما أو غيره يقال غصب زوجة

(٣٦١)

فلان وخرفلان وفي
الشيعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك
على وجه يزيل يده فقله
أخذ مال يشمل الحدود
وغيره وقوله متقوم احتراز
عن الخرو وقوله محترم احتراز
عن مال الخرب فإنه غير
محترم وقوله على وجه يزيل
يده أي يد المالك لبيان أن
إزالة يد المالك لا بد منها في
الغصب عندنا وعند
الشافعي رحمه الله هو
إثبات يد العبد وإن عليه
وغرة الخلف تطهر في
زوائد المصوب كولد
المصوبة وغرة البستان
فإنها ليست بمضمونة عندنا
لعدم إزالة اليد وعنده
مضمونة لإثبات اليد

(قوله فكان ذكرا النوع
الخ) أقول فيه بحث
(قوله لأنه قد قدم الأذن
الخ) أقول هذا الاحتياج
إليه بعد ما بين وجه تأخر
المأذون من الحجر (قوله
وفي الشيعة أخذ مال
إلى قوله في زوائد المصوب
الخ) أقول قال الإمام
الزبلي حتى لا يضمن

وفي الشيعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده

المأذون لما صح بيون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكونه لا أول من التجارة
دون الثاني فكان ذكرا النوع بعد ذكرا الجنس مناسبا والثاني أن المصوب مادام قائما بعينه في يد
الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال
التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتحاشين متصلا بالآخر من المناسبة لأنه
قد قدم الأذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع كذا في النهاية والعناية (أقول)
في الوجه الأول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا نافي فيه المناسبة
بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الأذن في التجارة لأن الأذن نفسه ليس من جنس
التجارة قط بل هو فلك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب
المأذون مسائل نفس الأذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني أن مناسبة ذكرا النوع
بعد ذكرا الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن أن يجاب عن
كل منهما بما ينوع عناية أما عن الأول فبأن يقال إن الأذن نفسه وإن لم يكن من جنس التجارة إلا أنه
متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للأذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس
التجارة وأما عن الثاني فبأن يدعي عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال
إن هاتيك الوجوه مصححات لا مبرجات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سقت له أيضا ثم إن الاظهر
في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى
أن المأذون يتصرف في الشيء بالأذن الشرعي والغاصب يتصرف بالأذن شرعي فكان بينهما ما مناسبة
المقابلة لأنه قد قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس مشروع اه واعلم أن محاسن الغصب
من حيث الأحكام لا من حيث الأقدام كما في الجنايات والديات فإن المقصود من بيان كتاب الغصب
هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الإباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو
عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها (قوله وفي الشيعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن
المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يراعى على هذا التعريف فبدان أحدهما قيد أو يقصر
يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أخذته
الغاصب من يد غير المالك كما إذا أخذته من يد المستأجر أو من يد المرتين أو من يد المودع فإن الغاصب
في هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع
تحققها لأنه قد قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا
أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده أو يقصر يده إن لم يكن
في يده اه وهكذا قال في الكافي أيضا وثانيه ما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل
في تعريف الغصب شيعة السرقة فإن الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بأن كان

(٤٦ - تكمله سابع)

الغاصب زوائد المصوب إذا هلك بغيره - لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع
المصوب بغير صنعه كما إذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولد لها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى
ضاعت لا يضمن لما ذكرنا - لعدم اليد المبطلة انتهى لكن ذكر في فتاوى قاضى خان مسألة تخالف هذا الأصل فإنه قال لو غصب عولا
فاستملك حتى يسر ليرأه قال أبو بكر النجاشي يضمن قيمة العجول ونقصان الام ولم يفعل في الام شيء

الغصب على سبيل الجهار والسرقه على سبيل الخفية والاستمرار مع الاشتراك بينهما ما في جميع ما ذكر
 لتعريف الغصب شريفة في الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا
 التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد أن يزداد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج
 السرقه اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور
 على السرقه قلت نعم الآن في السرقه خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها
 باعتبار تلك الخصوصية في الحد وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من
 الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها
 صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدققة تصدى لآخر أجهاع عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على
 سبيل الخفية ولم يدرك أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية
 التي هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أن السرقه بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب
 الحد داخل في التعريف المذكور إذ لا يمنع شيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها
 كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليه بالزيادة على
 التعريف المذكور قيد على سبيل الجهار أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على
 سبيل الخفية كما تقر في كتابها ولا شك أن قيد على سبيل الجهار أو لا على سبيل الخفية ينافي الصدق
 على ما كان على سبيل الخفية فإذا كانت السرقه بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخل
 في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حد الغصب في الشرع والالزام أن تكون
 السرقه بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع بخالف حكمي السرقه والغصب
 في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء
 من الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجربا لشراء
 من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا أخذا من المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك وهو
 ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا
 صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدرك
 أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان
 ما كان غير محرز كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحتراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال
 صاحب الهداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقه الحرز لا بد منه لان الاستمرار لا يتحقق
 بدونه اه ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم
 بغير إذن المالك بلا إذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا إذن مالكه لان كون المأخوذ
 ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به
 في البدائع اه (أقول) وفيه أيضا خلل لان الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك
 الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك
 الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد وهو هذا كله مما تقر في أول كتاب الوقف فعلى
 كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلا ولئن سلم تمام ذلك
 فكون الموقوف مضمونا لا ينتضي كونه مغصوبا بغصب شرعي فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص
 بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضا بنوع من التعدد والجنابة ألا يرى أن زوائد المغصوب
 كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة المالك عنها بناء
 على أن المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب ان هلك

واستخدام العبد وجل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب من يلا
ليده مع بقاء أثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم (٣٦٣) والمغرم وان كان بدونه فالضمان

لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما ما هو هذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعمدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة)

لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجي في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجي في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبدا رجل خطا في بد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمن الاتلاف كما هو عليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقص على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فاحتاج الى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والجلوس أثبت يد التصرف عليه ومن ضروراته ازالة يد المالك عنه فحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك فلم يحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوف كلام المصنف ههنا مأخوذة لفظية وهي في قوله وجل الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان جل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر يحرف الجرح تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا أن يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فيثبت تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر جل للضعف التعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيهه كلام المصنف ههنا بما وجهه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتحاراً بمواظبتها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال اه وقصده به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها تظر والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سأتى في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن ينبي كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصل للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجي مذ كره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الخطئة مثلا مثل الخطئة جنسا ومالية الخطئة المؤداة مثل مالية الخطئة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رجه الله

(قوله والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لا فضاء الى الدور (قوله لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجيد بمثله لا بردي، رعاية للمائلة

وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع (لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

قال المصنف (وقال أبو يوسف يوم الغصب) أقول وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة مذهب أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا يضبطه وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له انتهى ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحده الانقطاع ما ذكره أبو بكر التلجي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في السيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى

الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندى لأنه أن أراد يكون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها وأورديتها في المالية فهو ممنوع إذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جداً وإن أراد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها وأورديتها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد دور ذلك السؤال ههنا إذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضاً تأمل توقف (قوله لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فإن قلت لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك الوجهين أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لأن المصنوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فإن أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمه الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية أيضاً وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقبول (أقول) كل واحد من ذين الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلا نأخذ كرفيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف لأن المصنوب المثل إنما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمن المثل ثم انتقل إلى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذلك دليل محمد في أن يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو لم يكن قوة دليله فهي تقتضي تأخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة أن يثخن القوى عند ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وإن كان يقدم القوى في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا ستره به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلا نأثبت تلك الاقوال بحسب الترتيب الزمني مما لا يتعلق به نظرية فهي أصلاً فتغير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأه الرفيع فالوجه عندى أن المصنف جرى ههنا أيضاً على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر لا تقدم كما حصل ههنا أيضاً ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا يضبطه وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له إلى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحده الانقطاع ما ذكره أبو بكر

(ولمعه داخ) كلامه فيه واضح
 قيل انما قدم قول أبي يوسف
 لتثبت الاقوال بحسب ترتيب
 الزمان على تلك الاقوال فان
 أول الاوقات يوم الغصب ثم
 يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة
 ويراد الاقوال على هذه
 الأئمة لم ينأت الابتداء
 قول أبي يوسف وان كان
 الثاني فعليه قيمته يوم غصبه
 قال المصنف رحمه الله
 (معناه) أي معنى قوله
 لا مثل له (العديدات المتفاوتة)
 وتحقيقه أن معناه الشيء
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه
 لان الذي لا مثل له على
 الحقيقة هو الله تعالى وذلك
 كالعديدات المتفاوتة مثل
 الدواب والطياب وانما وجب
 قيمته (لتعذر مراعاة الحق في
 الجنس فيراعى في المالية
 وحدها دفعا للضرر بقدر
 الامكان

قال المصنف (لانه مطالب
 بالقيمة بأصل السبب كما وجد
 فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول
 فيه بحث فانه مطالب بالعين
 اذا كانت قائمة على القول
 الأقوى (قوله لان الذي
 لا مثل له على الحقيقة هو
 الله تعالى) أقول اذا اجسام
 متمثلة لتجانس الجواهر
 الفردية والمجردات غير ثابتة
 (قوله وذلك كالعديدات الخ)
 أقول أشار بقوله ذلك الى
 الشيء في قوله أن معناه
 الشيء الذي الخ

ولمعد أن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا ي
 خيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الوصل الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء
 القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد
 فتعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العديدات المتفاوتة لانه
 لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

الثلجي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه
 وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رده هذا الجواب بأن
 يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في
 الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذرا ومتعسرا يعني أنه بعد ما عدم في السوق
 الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا تعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار
 تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا
 مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقاءه في السوق الذي يباع فيه
 فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في هذا الانقطاع كما لا يخفى (قوله بخلاف ما لا
 مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان
 هذا لا يتم على ما سيجي وعن قريب من أن الموجب الاصل في الغصب على ما قالوا هو رد العين
 وانما رد القيمة مخلص خلفا اذا المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هو رد العين لانه
 الواجب الاصل مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت
 وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما لا مثل هو المثل في الذمة
 وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محذوفه فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند أبي
 حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد
 منهم ما بالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الاول
 عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصل في
 الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجي وأما على ما قيل ان الموجب الاصل هو
 القيمة ورد العين مخلص كما سيجي وأيضا لا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأسا وفي كل منهما ما تصرح
 بأن الموجب الاصل في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بما مر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على
 كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العديدات المتفاوتة) يعني معنى قول القدرى في
 مختصره ما لا مثل له العديدات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذا من النهاية وتحقيقه أن معناه الشيء
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعديدات المتفاوتة
 مثل الدواب والطياب اه (أقول) هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان أراد
 بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله
 بقوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير
 جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله
 تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان
 أراد بذلك ماله مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله
 فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدرى ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال
 في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته

أما العددي المتقارب (كالجوز والبيض) فهو كالكيلى حتى يجب مثله لقلة التفاوت (قيل وإنما اقتصر على المكيلى ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذى فى تبعيضه ضرر كالصوغ من القمم والطشت وليس بواضح لأن من المكيلى ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثله فيه القيمة وإن كان الأول فعلى الغاصب رد العين ولعمري أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) (وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعبالاً جاداً فإن أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصايح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقة ولكنه إدخال الغيظ (٣٦٦) على أخيه فهو لأعبالاً فى مذهب السرقة جاد فى إدخال الأذى عليه أو قاصداً لعب

وهو يريد أنه يجب ذلك ليغيطه (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد فى التجارة فإنه لا حكم لشرائه فى حقه سوى التصرف باليد لاسيما إذا كان مديوناً فإنه ليس هنالك شائبة النيابة عن المولى فى التصرف فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أى رد العين هو الموجب (الأصل على ما قالوا وأورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذا الكمال فى رد العين والمالية وقيل الموجب الأصل فى القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الأحكام)

أما العددي المتقارب فهو كالكيلى حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفى البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثله له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه مادام قائماً لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعبالاً جاداً فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصل على ما قالوا وأورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذا الكمال فى رد العين والمالية وقيل الموجب الأصل فى القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الأحكام

أى يضمن بقيمة فيشبهه جواب المسئلة بلغوم الكلام لكونه معلوماً بصدر المسئلة وبالجملية تفسير ما لا مثله له فى هذه المسئلة بما لا يضمن مثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسير ما له مثل فى المسئلة الأولى بما يضمن مثله كما فعله صاحب العناية مما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة فى صدر المسئلة فيكون معنى قولهم فى المسئلة الأولى أى ضامن من غصب شيئاً له مثل فهلك فى يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندى أن المراد بما له مثل فى المسئلة الأولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذى ينصرف إليه المثل عند الإطلاق وبما لا مثله فى هذه المسئلة ماله مثل صورة ومعنى وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التى هى المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل فى السكا فى حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل فى ضمان العدو وإن صار بمنزلة الأصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال فى الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فهى له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور فى النص اه (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هى المراد بالمثل المذكور فى النص وهو قوله تعالى من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئاً له مثل كالكيلى والموزون فهلك فى يده وقد مر الاستدلال به على ذلك فى المسئلة الأولى وهو الذى أشار إليه فى الكافي وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالكيلى) قال فى النهاية وإنما اقتصر على المكيلى ولم يقل كالكيلى والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل

أصل واحد كالتحاش فان اختلافهما ليس بالاختلاف الصفة (قوله ولعمري أن تقديم هذا الخ) أقول وهو وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماماً بالكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لأنه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك فى بعض الأحكام) أقول منها الوأبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولولا أن الواجب الأصل فى القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجباً لكان كفاً بالعين وإذا يصح ومنها أنه لا تجب الزكاة على الغاصب فى نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره فى النهاية والجواب إنما هو بضرورة أن يوجد له شبهة الوجود فى الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول يعنى لأن رد القيمة قاصر

فنهاما اذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح البراءة لان البراءة عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة وان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب قبل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصل لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسألة البراءة انما هو بعرضية أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان البراءة صحيحة من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير بربوا الانوار وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسألة الزكاة بما ذكرنا في مسألة البراءة (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى

(٣٦٧)

هلا كما حبسه الخاكم حتى يعلم

أنها لو كانت باقية لأظهرها) ومقدار ذلك مفوض الى رأي الخاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى أو حبسه الخاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببدلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهلاله يعارض بالغاصب يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب اذا عيب المغصوب والقاضي يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فإوجبه قبل في المسئلة زوايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلا كما حبسه الخاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لان الواجب رد العين والهلاله يعارض فهو يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه عن متاع فيحبس الى أن يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

وهو الموزون الذي في تبعية ضرر كالمصوغ من التقم والطشت اه (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتضاه على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيئا مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد ذلك ما في النهاية بقبول وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالمخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل في قوله أما العمدى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرب نسبة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقرب نسبة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المماثلة في الكيل كما تقرر في باب الرابح من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته ويتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود ببيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصل بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار اليه المصنف نفسه

قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حواله الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر

(قوله اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب) أقول كما اذا انتقص بالدين (قوله قبل والصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول رده العلامة الزيلعي وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظاهر مع الجمعية فان الظاهر هو الاصل والجمعية خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارته وذاك أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورد (قوله وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسألة البراءة (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بالتلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره

(لان الغصب بحقيقته) حواله (يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق (فانما غصب عقار افهالك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول والشافعي رحمه الله لتحقيق (٣٦٨) اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال يد المالك

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول ويجوز الوديعة

حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ماذا فعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الادب ومثله بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذكرة التفصيل الآتي هنالك يستغنى عن ذكر الدليل ههنا فالاحسن أن يكتفى بما سيأتي في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما كفي ببيان الخلاف هنالك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور ههنا متحقق ههنا أيضا لا محالة (قوله واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقار الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي أن يظهر علامة التفرع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولاً وهو قول أبي يوسف الآخر حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا ينعقد موجباً للضمان اهـ والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدر في بدلها المصنف بالواو في البداية والهداية * ثم أقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقار هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقاً عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والتحقيق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض القضاة اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ (أقول) فيه أن المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وهنا الحقيقة اللغوية متبصرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجهه بوجوب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك اذ لم يقل أحدان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجهه بوجوب

لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازاً عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد المالك بحكم الكف ما يبدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) في تحقق الوصفين (وبجود الوديعة) في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص بغيره كان ضامناً بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت أن جهود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجود تناقض ظاهر وكان التكليف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافي العقار قال المصنف (واذا غصب

عقاراً) أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول هو لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فان عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح الكاكي وقال الاكمل وكان التكليف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(ولاي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه) أي باخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أي الاخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي) حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها (وفي المنقول النقل) فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود ممنوعة) ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لا تضمن وان محدود ذكر في المبسوط والاصح أن يقال بجود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناء ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعي رجهما الله فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله فلا أنه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (و يدخل فيما قاله) يعني القدر الذي (اذا انهدمت الدار بسكناء وعمله) بأن كان عمله الحدادة أو القسارة فهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناء وعمله بل بأقفة مساوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (٣٦٩) (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر

بالغصب ولا يثبت لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهم الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا يثبت له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب وأما اذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه وبأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون

وله ما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناء وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا يثبت لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخاف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفي الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا لان سلم أن أحدا قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعي عنده ما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر عن له أدنى تميز انكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل ما يخناه هؤلاء الأجلاء (قوله وله ما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولا يثبت حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات

(٤٧ تكمله سابع) احتراز عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شتم دأدار لانسان وقضى له بها ثم رجعا ضما قيمتهما اللهم ودع عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسألتين أن الاتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما في مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بحجز المالك عن اثبات ملكه بينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه املكه قضى له به اقل هذا لا يكون البائع ضامنا

قال المصنف (وله ما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أقول ليت شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين متى ثبت بل مفهوم ازالة اليد متحققة في اخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور في العقار) أقول للغصم أن يقول انما يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل (قوله أي بسبب ذلك) أقول فيه تأمل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها الاصل أو للصاحبة (قوله فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول فيه بحث (قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على الملك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فبأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال
(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) وسند كراوجه من الجانبين قال
(واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

اليد بازالة يد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا
بإخراجه أي بإخراج المالك عنها أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار وهو أي الإخراج فعل في المالك
لا في العقار فانتفى إزالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جرتة اه (أقول) في تقريره قصور أما أولاً فلا أنه
جعل الباء في قول المصنف بازالة يد المالك للسياسة وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد
الغاصب وبين إزالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون إزالة يد المالك لكون الأول وجودياً
وأصلاً صادراً من الغاصب والثاني أمراً عدمياً متفريعاً على الأول وأيضاً لو كان الباء المزبورة للسياسة
كان معنى كلام المصنف ولهم ما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن إزالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم
منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وإزالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود
فالوجه أن يكون الباءة للصاحبة فيكون المعنى ولهم أن الغصب اثبات اليد مع إزالة يد المالك بفعل
في العين فينتظم المنتظم المعنى ويحصل المقصود وأما ثانياً فلا أن المتبادر من قوله فانتفى إزالة اليد بدون
التقييد أن لا تحقق إزالة اليد أصلاً في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد
أن من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي
تعليل قوله ما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقريرها وبداهتها فلا جرم
كانت مسلمة عندهما أيضاً فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء إزالة اليد أصلاً في غصب
العقار فالأولى في تقرير دليلهما ما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال ولهم أن الغصب اثبات اليد
العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لا مع إزالة يد المالك مطلقاً أي سواء كانت بفعل في العين
أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقاً لا زالها بوجه خاص
وهو أن يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من إزالة اليد العادية مع إزالة
يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا بإخراج المالك عنها أي
عن العين المغصوبة وهو أي ذلك الإخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه إزالة يد المالك بفعل
في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عنده لا كه في بد الأخذ وبهذا التقرير يثبت
مدعى الامام الاعظم والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي كما
لا يخفى على ذي فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعري بأي دليل
ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم إزالة اليد تحققة في إخراج المالك أظهر
اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فتراعا على
أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا
شرط تحقق الغصب الاستدلال بضممان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه
بفعل في الضمان فيه تدعى وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل
ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قوله ما وهذا لا يتصور في العقار بأن قال الخصم أن يقول
انما يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ اذ ليس في الخصوم من ينكر
تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفاً فكيف يتصور أن يقول الخصم

(وان انتقصت بالزراعة
يغرم النقصان) ويعرف
النقصان بأن ينتظر بكم
تستأجر هذه الأرض قبل
استعمالها أو بكم تستأجر
بعد استعمالها فتفاوت
ما بينهما من نقصانها وهذا
قول نصير بن يحيى وكلامه
واضح قال (واذا هلك النقلي
في يد الغاصب بفعله أو
بغير فعله ضمنه)

وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده نجب القيمة) يعني على رأي من يرى أن الموجب الاصل في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا (أو تقرر) أي القيمة (بذلك السبب) يعني على رأي من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فان هلك العين تقرر القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أي ولو كان الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المصوب (في يد الغاصب) ولم ينجر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في يده مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها أو في غير يده مثل أن كان عبدا احترق فانفسى الحرق (لانه دخل في ضمانه بجميع) (٣٧١) أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء

(٥) تعذر رده عنه و (ما تعذر

رده عنه يجب رده قيمته) وأما

إذا انجر نقصانه مثل أن ولدت

المصوبة عند الغاصب

فردها وفي قيمة الولد وفاته

بنقصان الولادة فلا يضمن

الغاصب شيئا عندنا خلافا

لزمه رحمه الله فان كان

النقصان بتراجع السعر

فلا يخلو أما أن يكون الرد

في مكان الغصب أولا فان

كان فيه فلا ضمان عليه

لان تراجع السعر يقتور

الرجبات لا بفوات جزه وان

لم يكن فيه ينجر المالك بين

أخذ القيمة والانتظار الى

الذهاب الى ذلك المكان

فيسترده لان النقصان

حصل من قبل الغاصب

ينقله الى هذا المكان

فيكان له أن يلتزم الضرر

ويطالبه بالقيمة وله أن

ينتظر فقوله (بخلاف تراجع

السعر) متعلق بقوله فما

تعذر رده عنه يجب رد

وفي أكثر نسخ المختصر واذ هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو بتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص في يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رده عنه يجب رده قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرجبات دون فوت الجزه وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف

انما يضمن فيه لانه انتفاء اثبات اليد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر واذ هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعنى المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذ غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوي لا محالة وان أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن أن يحجب عنه أن المراد هو الاول ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ههنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معني مجازي بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان أيضا فلا بد في ارادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في مخاطب أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة متفقية فوجب الحمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذ غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل وبحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي تدبر (قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تعم المثل وغير المثل من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلامهما مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتشبه في صورة المثل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله اذ قد تقرر فيما مر أن المعنى في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية (قوله وان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رده عنه يجب رده قيمته) أقول في هذا التعليل قصورا قد صرح في عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه تعم ما كان النقصان في يد المصوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها أو ما كان في غير

قيمه (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف يعني اذا قص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان خسر النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير في نقله راجع الى الغاصب والضمير في له راجع الى المالك المقدم ذكره والضمير في يطالبه راجع الى الغاصب

قال المصنف رحمه الله
(ومراده) أي مراد القدوري
رحمه الله بقوله وإن نقص في
يده ضمن النقصان (غير الربوي
أما في الرويات) كما إذا غصب
حنطة فعقنت عنده أو أناة
فضة فأنشتم في يده (ولا
يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الأصل لأنه يؤدي
إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار
إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا
شيء له غيره وإن شاء تركه
وضمنه مثله قال (ومن غصب
عبدًا فاستغله) أي ومن غصب
عبدًا فآجره وقبض الأجرة
فصار مهور ولا في العمل
فعليه النقصان لما بينا أنه
دخل جميع أجزائه في ضمانه
بالغصب فمات عذر رد عينه
يجب رد قيمته ونقصان وصفه
مما عذرفيه الرد فوجب رد
قيمة النقصان ويتصدق
بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وعند أبي يوسف
رحمه الله لا يتصدق بها
وعلى هذا إذا أجر المستعير
المستعار والمودع الودعة

قال المصنف (قال
رضي الله عنه وهذا
عندهما أيضا) أقول
الظاهر تقديم أيضا على
قوله عندهما

قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الرويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه
يؤدي إلى الربا قال (ومن غصب عبدًا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة)
قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار
بده مثل أن كان عبدًا محترقًا فقتل الحرفة ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية
لأن النقصان فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء فالأولى في التعليل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه
وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لأنه ضمان
عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير
الربوي) أما في الرويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) يعني أن مراد
القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وأما في الرويات أي في الأموال الربوية
التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه
يؤدي إلى الربا هذا خفي كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان
الرويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة فعقنت في يده إذا اعتبر للتفاوت في الوصف عندنا
في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا بالاحتمال وأما فيما
إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كلبًا أو وزنًا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كلبًا أو وزنًا
فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بل تأد إلى الربا أصلا كما لا يخفى فما
معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل
في الرويات مطلقا فتأمل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد
القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الرويات كما إذا غصب حنطة فعقنت
عنده أو أناة فضة فأنشتم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا لكن
صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء تركه وضمنه مثله إلى هنا كلامه (أقول)
نقرر بصاحب العناية ههنا وإن كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية تقلا عن الإيضاح إلا أنه
منظور فيه عندي أما أولا فلا أنه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر
المعتبرات أيضا بأن الوزن الذي في تبعيضه مضرة كالصوغ من القمح والطست ليس على بل هو من
ذوات القيم ولا شك أن أناة فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الرويات ههنا بأناة فضة أنشتم في يده
وأما ثانيا فلا أنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله وتضمن المثل انما يتصور في المثليات دون
ذوات القيم التي منها أناة فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فعمل الحق في حكم غصب أناة فضة
إذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار
إن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وإن كان
الأناة فضة فهو بالخيار إن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك إن
كان الأناة من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذ بعينه وإن شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب
النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل أناة فضة حيث قال وفي
المبسوط وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من
جنسه بناء على أصله أن الجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة
بجنسها فلولا وجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق
المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والخير زعن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا

لابي يوسف رجه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لان المصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلا نه عليه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمنه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسيبيله التصديق اذا الفرع يحصل على وصف الاصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستندا فاني يكون الخبيث أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائق (فلا ينعقد به الخبيث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لان الخبيث لاجل المالك ولهذا الوسم الغلة مع العبد الى المالك يباح له تناول فيزول الخبيث بالأداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فملك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن الى المشتري لان الخبيث ما كان لأجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال (لانه محتاج اليه وللمحتاج اليه أن يصرفه الى حاجة نفسه) (٣٧٣) وهو أولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه

خبيث (فلو أصاب ما لا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) أنه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شيء عليه وان كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب أو المودع اذا تصرف في المصوب أو المودع في الوديعة ورجح فيه لا يطيب له الرجح عند أي خيفة ومحمد رجهما الله خلافا لابي يوسف رجه الله وقد مر في الدلائل وجوابه في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان

لابي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات عملا بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق اذا الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعقد به الخبيث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لان الخبيث لاجل المالك ولهذا الوادى اليه يباح له تناول فيزول الخبيث بالأداء اليه بخلاف ما اذا باعه فملك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن اليه لان الخبيث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله أن يصرفه الى حاجة نفسه فلو أصاب ما لا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع اذا تصرف في المصوب أو الوديعة ورجح لا يطيب له الرجح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مر في الدلائل وجوابه في الوديعة أظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة أما فيما لا يتعين كالثنين

اه (قوله لابي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات عملا بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المصوب دون مجموع المصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر أن الغلة أي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فواجه القول بأن لا يتصدق بشئ من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر جهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط

التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الرجح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيه على تحقق الخبيث وان تداولته الايدي ثم هذا أي عدم طيب الرجح فيما يتعين بالاشارة كالعرض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثنين الدراهم والدنانير

(قوله لكنه بسبب خبيث) أقول أي لكنه حصل أوليكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجي الحديث بتفصيله في الدرس الا في قال المصنف (والملك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة اذا لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما اذا ضمن قيمة العبد كله وفي أكثر النسخ والملك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال الا يجعل الام عهديه (قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائق) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فانه اذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف (في زوال الخبيث بالأداء اليه) أقول زوال الخبيث بالنسبة الى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك الغلة لكن أدى دين زيد بماله الا آخر فليتأمل فان جوابه غير خفي

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمتها) قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها وتقدمتها اما اذا أشار اليها وتقدم من غيرها او تقدمتها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا وتقدمتها يطيب له وهذه أربعة أوجه أيضا وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتقييد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبز قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعه الله ربح عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لأنه اذا تقدمتها ولم يشرف سلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فأما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخبز وان أشار اليها وتقدم من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعاقبها فتتمكن شبهة الخبز أيضا وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبز ووجوب

فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمتها الثمن أما اذا أشار اليها وتقدم من غيرها أو تقدمتها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا وتقدم منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الإشارة اذا كانت لاتقييد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبز وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعمها ما فأكاه لم يتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

بعبارة صريحة فيما فسر وابه وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك ما لا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اهـ (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصديق بمثلها عند أصابته مالا ولا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثلها من بعد أصلا فقما اذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا أن يقال وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم ببعده أن يكون مدار الحكم الشرعي فتسدر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شيء وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ معناه فبعد أن صرفها إلى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ اللهم الا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها وتقدمتها) أقول في عبارة المصنف ههنا تسامح لان حاصلها يؤول إلى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى نفسه وإلى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها وتقدمتها نفس ما في الكتاب وقوله وتقدمتها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن في الشيء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا أشار اليها وتقدمتها لا يلزم المحذور المذكور وتظهر بالمقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار اليها وتقدم من غيرها أو تقدمتها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا وتقدم منها على ذي مسكة ثم ان ما أخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا أشار اليها وتقدم منها بديل

أيضا وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتقييد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبز قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعه الله ربح عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لأنه اذا تقدمتها ولم يشرف سلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فأما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخبز وان أشار اليها وتقدم من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعاقبها فتتمكن شبهة الخبز أيضا وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبز ووجوب

التصدق (وان اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعمها ما فأكاه لم يتصدق بشيء) بل يرد عليه مثل ما عصب (في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف لم يظهر الربح

قال المصنف (لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يخفى

فصل في لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب عرا فان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى

(٣٧٥)

زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الخنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الخنطة كجعلها هريسة وكسكا ونشأ وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناولها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا خنطة ومثل ذلك بقوله (كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيه اشارة الى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الخنطة والامثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمنه (عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو خنطة فطحنها أو حديد فاختذه سيفا أو مصفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

قول المصنف اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هنالك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فأما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها أو يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب إلا أن يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها إلا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ نخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للعرج عن الناس وعلى هذا انقرر رأي الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اه (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لا يصل الغصب إلا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين كما تقر في ما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين حكم الغصب إلا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتأخير أخرى منه وأما ثانيا فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاؤه للتأخير لا لفصله عما قبله بأن يورث في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقرير بانه المقصود ببيان وجه ذكرا ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لبيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب عرا فان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الخنطة اذا

فصل فيما يتغير بعمل

الغاصب (قوله والظاهر أنه تأكيدي لان قوله زوال اسمها يتناولها الخ) أقول فيه أن الشاة اذا أربت بعد ذبحها وولجها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجي من الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأربتها فتأمل قال المصنف (وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روى عن أبي يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا (إذا الدقيق عين الخنطة من وجهه لأن عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا في أحداث ما لم يكن موجودا وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بينهم مولا يجري الربا بالاعتبار المجانسة (وعند الشافعي يضمنه) لأن على أصله تضمن النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه (٣٧٦) حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله وللشافعي عطف على قوله

لأنه يؤدي إلى الربا وتقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لأن الواجب الأصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولو لا بقاءه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باقية فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لأنها تابعة للأصل (كما إذا هبت الريح في الخنطة وألقته في طاحونة فطحنت) فإن الدقيق يكون لملك الخنطة كذلك هذا فإن قيل غيب فاسد لأنه يخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا لئمة وهو الملك فصار كما إذا عدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمتشهد به لا محالة (وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وأزجها) أي جعلها أعضاء وأجزاء فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولأنه أحدث صنعة متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيئا وكذا قيمة

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا وعند الشافعي يضمنه وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعي أن العين باقية فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الخنطة وألقته في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأزجها ولأنه أحدث صنعة متقومة يصير حق المالك هالكاً من وجهه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

غصبا ووطعها فإن المقاصد المتعلقة بعين الخنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشأ وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر أنه تأكيدي لأن قوله زال اسمها يتناولها فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا خنطة إلى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فإن كون قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا لمجرد التأكيدي مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الأثر ادب بعيد جدا لا تقبله الطباع السليمة فالجمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأزجها فإنه لا يزول بالذبح والتأريب ملك ماليتها كما سيأتي في الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللعمية كما سيأتي التصريح به في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك ماليتها عن تأديده (قوله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف فيما سيأتي ولأنه أحدث صنعة متقومة لأن قيمة الخنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فإذا أزداد قيمة الخنطة بجعلها دقيقا فأن يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لأن الدقيق عين الخنطة من وجهه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الخنطة فيه جريان الربا بينهما ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الخنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الخنطة ولو أخذ عين الخنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لأن نقصان صفته بسبب العفونة لادائه إلى الربا على ما مر فكذلك ههنا اه اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لأن نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله إضافة النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى (قوله وللشافعي أن العين باقية) قال صاحب العناية قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا (أقول) ليس هذا بسبب دفع الوار وغيره موجوده ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها لا بداءة إذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا بالزم الفصل بين الموطوفين بكلام أجني وهو قوله وعند الشافعي يضمنه وقوله وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له درية بأساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه معزول عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز

الخنطة تزداد بجعلها دقيقا (واحداتها صير) جنس (حق المالك هالكاً من وجهه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد ضمان

قال المصنف (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه) أقول قوله لكنه ليس في محله والظاهر أن يقال في بيعه (قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا) أقول فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف وليس الواو في نسختنا موجودة وهو الأ صوب

وحقه أى حق الغاصب (فى الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجع على الهالك من وجه على ما عرف فى الأصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشئ والطبع لان الصنعة قائمة بذاتهم من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله ولا يجعله سببا للملك من حيث هو محذور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محذور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محذور وجهة أحداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح (٣٧٧) جانب الحمية فيها الذم معظم المقصود منها

الحسم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق بالحسم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فغيره أو غرلا ففسجه أو قطنا فغيره أو سمسمما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم وأما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجى لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله (لا يحل له) ظاهر

وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجع على الاصل الذى هو فائت من وجه ولا يجعله سببا للملك من حيث انه محذور بل من حيث انه أحداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسن والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله ورواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف اه (أقول) ليس هذا بشئ لان معنى قوله للشافعى أن العين باق أنه فى اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا الا أن له فى اثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعديلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف كيف ولولزم ما توهمه من المحذور ههنا لزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذا شئت أن المذ كررنا نيا أو ثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه حدث صنعة متقومة فانه معطوف قطعا على قوله للشافعى أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما علة الشافعى بل اربى فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كما أن المعنى أن له فى اثبات مذهبه كذا ولنا فى اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب الحمية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول)

(٤٨ - تكمله سابع) وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت

للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز

(قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال اكمل الدين أى حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول (قوله كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال) أقول قوله فى الذات أى فى الوجود وقوله فى الحال أى البقاء والضمير فى قوله منه راجع الى الرجحان قال المصنف (ولا يجعله سببا للملك) أقول أى لا يجعل الصفة بتأويل الفعل أو على اعتبار المفعول الثانى (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل) أقول لا يظهر أن يقال جهة كونه تصرفا فى ملك غيره على سبيل العدول والافتقار بتفويت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيله للحامل الا أن يقال يتأكد به ذلك التفويت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول فى أول الفصل وفى باب الربا أيضا (قوله بل يقال لحم مأروب) أقول الظاهر مأروب أو مؤروب

وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم (٣٧٨) كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة مصلية أي مشوية فأخذ منها القمة

بفعل يلو كها ولا يسيغها فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الأنصاري كانت شاة أخى ولو كانت أعز من هذا لم ينفس على بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الأُسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوماً بأن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وغنه بعد البيع إذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أسر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء (قوله ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول) وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله وله هذا الوهبه وتفسيره أن نفاذ ذلك لقيام المالك وذلك لا يتلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله (وإذا أدى البذل) راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعني إذا كان مال اليتيم وقوله (بمخلاف ما تقدم) إشارة الى قوله كن غصب شاة

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الأُسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فحرم قبل الارضاء حسم المائة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام المالك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البذل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبذل فحصلت مبادلة بالنراضي وكذا إذا أبرأه ليقوط حقه به وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضاه عنه لانه لا يقضى الا بطلبه وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل أداء الضمان لوجود الاستمالة من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما وأصله ما تقدم

الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف في ما ذكره جواباً عما استشهد به الشافعي من مسألة ذبح الشاة المغصوبة وصلاحها وتأريها فإنه علل المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والصلح فورد عليه قطعاً أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تحقق المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقرير (قوله وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضاه عنه لانه لا يقضى الا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون للغصوب منه من كان القاضى ولياله أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضى الا بطلبه اه واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان الغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني إذا كان مال اليتيم (أقول) يرد على الاحتمال الاول أن قول المصنف في التعليل لانه لا يقضى الا بطلبه غير مساعد لذلك لأن من كان القاضى ولياله لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضى له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيراً أو كما إذا كان الغائب بعيداً غير عالم بالقضية أصلاً ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا إذا أدى بالقضاء أي ذلك أذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الاول بأن طلب القاضى في حكم طلب من كان القاضى ولياله لكونه نائباً عنه فكان القضاء هناك أيضاً بطلب الغصوب منه حكماً وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البذل من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا إذا أدى بالقضاء أداء البذل بالقضاء فافتراقا ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضياً على مقدار من الضمان اه (أقول) يرد عليه أيضاً أن قول المصنف فيما قبله وإذا أدى البذل يباح يعني عن هذا المعنى لان أداء الغاصب البذل يستلزم أخذ الغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذ الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبله وإذا أدى البذل أداءه برضاه دون مطلق الأداء

وذهبوا وشواها وأوطئها أو حنطة قطعها أو حديد فأتخذها سيفاً وقوله (وأصله ما تقدم) إشارة الى ما ذكر قبله وهذا الفصل من تعليل مسألة ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان والا

قال (وان غصب فضة أو ذهبا) اذا غصب فضة أو ذهبا فضر بهادراهم أو دنائير أو آنية لم يزل ملك مالها عندها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب وقال مالكها للغاصب وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبرة متقومة صيراحدا لها حق المالك هالكها من وجهه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرأوه ولا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرأوفضة وذهبا وبعد دراهم ودنائير ومثل ذلك ينقطع حق المالك كما تقدم ولا يبي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجرى بان الربا وجوب الزكاة كذلك وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله (٣٧٩) كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله

وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصناعة لأنه هلك العين بهامن وجهه وقوله (وكذا الصناعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه أنها غير متقومة في جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بحسنها وانما تقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كن استهلاك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لاننا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصناعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجدته صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد

قال (وان غصب فضة أو ذهبا فضر بهادراهم أو دنائير أو آنية لم يزل ملك مالها عندها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب وقال مالكها للغاصب وعليه مثلها) لانه أحدث صنعة معتبرة صيرحق المالك هالكها من وجهه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الاصل الثمنية وكونه موزونا وأنباق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصناعة دون العين وكذا الصناعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بحسنها قال (ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي للمالك أخذها والوجه من الجانبين قد مناه

والا يلزم استدراكه قوله وكذا اذا أدى بالقضاء وأداؤه برضاه انما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراكه بقي الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضى الاستدراك اذا التراضي قد كان معتبرا في قول المصنف واذا أدى البديل يباح كما يدل عليه تعليقه هناك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبديل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه أيضا بأن المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان أى على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية وان دفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن جعل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعد اللفظ جذا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلا وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أو ضمنه المالك أى طلب المالك من الغاصب الضمان بحمل الانتفاع قبل أداء الضمان اه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) فيه أيضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما اذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالها عنها اه قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه اه (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجهه ذلك بالتأمل في قوله وجهه آخر لنا فيه لان حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الا على عندا مكان

اليه عين ماله فبقيت الصناعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصناعة متقومة من وجهه دون وجهه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجهه (ومن غصب ساجدة) بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساجدة بالخاء ستا في بعد هذا (فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر في الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما اذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالها عنها وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه (وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قد مناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ

قال المصنف (ومن غصب ساجدة) أقول هو أول مسألة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمه الله كذا في يواقيت العلوم للإمام الرازي (قوله في قوله وجهه آخر لنا فيه) أقول يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال

(وجه آخر لنافيه) أي في تعليل (٣٨٠) هذه المسئلة (أن فيما ذهب اليه) الشافعي (أضرار بالغاصب بنقض بنائه

وجه آخر لنافيه أن فيما ذهب اليه أضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساحة أما إذا بنى على نفس الساحة ينقض لأنه متعد فيه

العمل بالضرر الأدنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وبين العكس إذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الأول على كل حال عملاً باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وإنما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فالغاصب أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملاً وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قد مناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة بصير حق المالك هالكاً ولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساحة كان البناء غالباً على الساحة فيصح أن يقال أن يقال إن الغاصب أحدث صنعة متقومة بصير أحد أركانها حق المالك هالكاً من وجهه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكاً من وجهه وأما إذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فأنما تكون الساحة غالباً على البناء فليس كذلك هذا أن يقال أنه أحدث صنعة متقومة بصير حق المالك هالكاً من وجهه إذ تصير المغلوب الغالب هالكاً غير ظاهر تأمل تفهم (قوله ووجه آخر لنافيه أن فيما ذهب اليه أضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه أضرار بالغاصب لأن فيه إبطال حقه وفيما قلنا أضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلافوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ فيفوت حقه لا إلى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشك في هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساحة بالحاء المهمة فبني عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضاً كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانت متساويتين اهـ ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما الشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فأنها لو كانت للمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فلي تأمل اهـ (أقول) ليس ذلك بشئ إذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الأحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فإن العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضاً لرب على أنه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بهزل عما نحن فيه إذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفاً في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخل فيما وقع مقيساً ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعبرة في المقيس عليه وهي

الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) والسفينة مع من عليها في لجنة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحه منها وإنما قدنا بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانت متساويتين (ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر رجحما الله إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساحة لأنه غير متعد في البناء وأما إذا بنى على الساحة ينقض لأنه متعد فيه)

(قوله فلما ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول أي من العلتين أعني التلف وتملك الغصب (قوله وجعل حق غيره أولى الخ) أقول كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما

لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فأنها لو كانت للمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فلي تأمل

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبني عليها (برذلك وهو الاصح) قبل لانه تغير عما كان عليه لان الساجدة قبل البناء عليهم اتصلح للاحراق فحقت القدور ولا بواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشي من ذلك الا بالنقض والتغيير يوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزر وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم (٣٨١) أن غاصبه يجب أن يستحق أجر

المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لان نقصانها حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدرو والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما أي رد الشاة والجزر وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يضمه شيأ يعني في ذبح الشاة لان الذبح والصلح في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدرو والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب

وجواب الكتاب بذلك وهو الاصح قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزر وكذا اذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدرو والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب

لحق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب بذلك) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب بذلك أي جواب مختصر القدوري رد ما قاله الكرخي نظرا لان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه ثم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بأقامة الدليل أما مجرد الرواية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساقط لانه ان أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصرة أو في المسئلة التي نحن بصدد ها الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعا على أنه بني على حوالى الساجدة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض وأما اذا بني على نفس الساجدة ينقض بناءه لانه تعدى فيه وكان الهنداوي يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة من اذنة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصباغة وانما اسقطه بكونه تابعة للزادة وهذا لا يكون الا بهمل يوقعه فيها على وجه التعدى فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لاحق للمالك في الساجدة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليه أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقيد بأن بني على حوالى الساجدة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بأن قال فبني عليها لا يستند الى الكرخي بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيأ فان الكلام في مسئلة الساجدة وهو في روايته يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزر) وهو ما أعد للذبح من الأبل من الجزر وهو القطع يقع على الذكرو الانثى وهي تؤث كذا قالوا وانما ذكر الجزر بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحية الدرو والنسل والجزر هو التي أعدت للذبح فلم يكن الدرو والنسل مطلوبين ههنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لانقصانها كما اذا غصب ثوبا فصبغه أخرج حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار أخذ الثوب ليكون صبغ الحرة

(قوله وجواب الكتاب الى

قوله قبل لانه تغير الخ) أقول قبل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساجدة بمحالها غاية أن البناء عليه ممانع عن ذلك كالبناء على الساجدة فانها تصلح للزراعة بمحالها والبناء ممانع كائن عليه فليستأمل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فله لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر فالأولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بده ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لجود الاستهلاك من كل وجه قبل ليس لتقييده
 بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء
 ضمنه نقصانها فدل على أنهم في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين
 القيمة بلا خيار فيهما يعني في ما كول اللحم وغير مأكول اذا قطع طرفه فكان فائدة كره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما
 أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول (٣٨٢) وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم

بين قطع طرف ما كول
 اللحم وغير مأكول حيث
 قال في الاول انه اتلاف
 من وجه وفي الثاني لوجود
 الاستهلاك من كل وجه
 والظاهر من كلامه في
 اختيار المالك بين تضمين
 قيمتها وبين امسالة الجثة
 وتضمن نقصانها ويكون
 ذلك اختيارا منه وان كان
 نقل الكتاب على خلافه
 فانه ذكر في الذخيرة والمغني
 فقال وفي المنتقى هشام عن
 محمد رحمه الله رجل قطع
 يد جارا أو رجلا وكان لما
 بقي قيمة له أن يمسك ويأخذ
 النقصان (قوله بخلاف
 قطع طرف العبد المملوك)
 متعلق بقوله للمالك أن
 يضمه جميع القيمة وحاصل
 الفرق بين الآدمي وغيره
 أن الآدمي بقطع طرف
 منه لا يصير مستهلكا من
 كل وجه بخلاف الدابة فانها
 بعد ذلك لا ينتفع بها بما
 هو المقصود بهما من الحمل
 والركوب وغير ذلك قال
 (ومن خرق ثوب غيره)
 اختلف الناس في الحد

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لجود الاستهلاك
 من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعا به
 بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين
 قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فللمالك أن
 يضمه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه قال رضي الله عنه معناه بترك
 الثوب عليه وأن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باقية
 وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لأن نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان
 للمالك الخيار لانه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدرو التسل من الاسمان وتبقيتها الى
 زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومراج الدراية وأما صاحب العناية خلاصة هذا
 المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
 لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لانقصانها حيث أعد للجزر غيره مطلوب
 منه الدرو التسل وذلك لأن نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون
 له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه ورد
 عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
 حيث قال لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى
 طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اه (أقول) ان قوله
 لا مجال لهذا التوهم أصلا تحكم وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه
 اذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصبغه أجر بل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ
 الثوب كما سيأتي فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق أجر المثل
 بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون
 منشا للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد
 الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك
 أن يضمه جميع قيمتها لجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية قبل ليس لتقييده
 بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على
 قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهم في الحكم سواء ومن
 الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار

الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش
 وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في القدروري الى
 أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قبل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لتوبتها

(قوله قبل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان
 كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقاني فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر وان شئت فراجع

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب إذا الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان) يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره (لأن محمدا رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا) فقال وإذا غصب ثوبا فقطعه بقيصا ولم يخطئه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الفاتت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قيصا يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمدا رحمه الله فاحشا وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وإن خرقه خرقا كبيرا فله مال أن يضمنه جميع قيمته

(٣٨٣)

ويترك الثوب عليه لأنه استهلك من هذا الوجه فإنه قبل القطع كان صالحا لا تخاذ القباء والقميص وبعد لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه فإن شاء أخذ الثوب وضمنه نقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باقية وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج إلى شرح لكن كان القاضي الامام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال إن كانت قيمة الساحة

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان لأن محمدا جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفاتت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قبل له ألقع البناء والغرس وردها)

فيها ما يعني في ما كول اللحم وغيره ما كوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غير ما كول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ما كول اللحم وغيره ما كوله حيث قال في الأول أنه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه إلى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييد بنوع ما كول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب العناية إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب العناية أيضا فإن عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ما كول اللحم وغيره ما كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بالخيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لأن مدار ورودها على جعل مراد المصنف على تسوية ما كول اللحم وغيره ما كوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على جعل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ما كول اللحم وغيره ما كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امسالك الجثة وتضمن نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المشتق هشام عن محمد بن جمل قطع يد جارا أو رجلا له وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اه كلامه (أقول) لما منع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لأن ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار المالك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفا من غير ما كول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع

أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في أوثة سقطت من يد إنسان فأبتلعها دجاجة إنسان يتظر إلى قيمة الدجاجة والأوثة فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب الأوثة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وإن شاء ترك الأوثة وضمن صاحب الدجاجة قيمة الأوثة وكذا إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلا وتعدرا خراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويملك مال صاحبه ويخبر بعد ذلك في تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه) أقول أي يؤمر صاحب الآخر بقيمة ما من تخيير والضمير في قوله إلى صاحبه راجع إلى الآخر

لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تنصر
مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل طرف
غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فالمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس
مفـلوعا ويكره ان له) لان فيه تظار الهمما ودفع الضرر عنه وما وقوله قيمته مقابلا لقيمة بناء أو شجر
يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجرا وبناء
لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فقلته
بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء أخذهما
وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يمسه ويأمر الغاصب بقلع
الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز يمكن بخلاف السمن في السويق لان
التمييز متعذر

الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه
فيما اذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصيرها الكامن وجهه دون وجه
وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم
فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمته أي الواجب هنا جميع القيمة اذ لم يكن للدابة منفعة
بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسه يأخذ النقصان
ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد بن حمره الله (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم
حق) صححه في المغرب بتكوين عرق حيث قال أي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على
وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة ليس
لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكر في المغرب شي وهو أنه
قد روي المضاف أولا حيث قال أي الذي عرق ظالم وجهه لوصف العرق بالظلم تجاوزا ثانيا وبينهما تنافر
لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا لعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك دار حرم
محرم منه عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا وجهه للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقة فله أن يكون للصير إلى
التجاوز وجهه وعن هذا ذكر الرخشي في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق
بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي الذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى
لان هناك مضافا محذوفاه مذكورا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا الذي لانه معرفة اه
(أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فان الذي يعني صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة
ان أضيف الى نكرة ومعرفة ان أضيف الى معرفة وعن هذا قال الجوهري في صحاحه وأما الذي يعني
صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة أضيفته الى نكرة وان وصفت به معرفة أضيفته
الى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه الى مضمروا الى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف اليه الذي
فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا
لذي لانه معرفة وكان وجهه ذهب الى الذي التي هي مؤنث ذامن أسماء الاشارة التي هي من أنواع
المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبرة ولكل صارم نبوة (قوله ولان ملك صاحب الارض باق
فان الارض لم تنصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لمتوهم أن يتوهم أن قوله في
التعليل والغصب لا يتحقق فيها بنا في وضع المسئلة في الغصب بأن قال ومن غصب أرضا فغرس فيها
أوبى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي والغصب المتني بحقه
في الارض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قدم

وقوله عليه الصلاة والسلام
ليس لعرق ظالم حق صححه
في المغرب بتكوين عرق
أي الذي عرق ظالم وهو
الذي يغرس في الارض
غرسا على وجه الاغتصاب
ليستوجبها وصف العرق
بالظلم الذي هو صفة صاحبه
مجازا وقد روي بالاضافة
أي ليس لعرق غاصب
ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله
(فتقوم الارض الخ) يعتبر
قيمة الارض بدون الشجر
عشرة دنابر مثالا ومع
الشجر المستحق قلعه خمسة
عشر ضمن صاحب الارض
خمس دنابر للغاصب فيسلم
الارض والشجر لصاحب
الارض وكذا البناء (قوله
ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر
وقوله (اعتبارا بفصل
الساحة) يعني كما أن في
فصل الساحة يؤمر بالقلع
اذا لم تنضر الارض به فكذلك
ههنا لان في كل منهما ما
شغل ملك الغير بملكه
وقوله (لان التمييز يمكن)
يعني بالعصر

(قوله وقوله عليه الصلاة
والسلام ليس لعرق ظالم
حق صححه في المغرب الى
قوله بل يؤمر بقلعه) أقول
ولا مجال لكون ظالم نعتا
لذي لانه معرفة

وقوله (ولنا ما يننا) يعني في مسألة الساجدة بالجسيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخبرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعني ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما ما تعذر لجواز وقوع التنافي بينهما وتخير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزي رحمه الله (في أصل (٣٨٥) المسئلة) يعني في قوله ومن غصب

ثوباً فصبغه أجر واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ وان كانت مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسئلة فقيده بذلك تصحيح النقل (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسألة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعني جواب المسئلة وتعليلها (في السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقليل فلم يبق مثلياً وقيل المراد منه (أي من القيمة (المثل سماعه) أي سمي المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المصوب وذ كرا الضمير في منه وبه يتأويل ما يقوم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ)

ولنا ما يننا أن فيه رعاية الجانبين والخبرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجدة بني فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ايضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة وان شارب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لانه أن لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقليل فلم يبق مثلياً وقيل المراد منه المثل سماعه لقيامه مقامه والصفرة كالخمر ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعند همام زبانه وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالخمر وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوباً تنقصه الخمر بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً ما اقتراحت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه يتظر الى ثوب يزيد فيه الخمر فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان احدي الخمسة جبرت بالصبغ

في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشابهة اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيه الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدر في قوله واذا غصب عقاراً فهلك لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضاً وقال بعضهم لا يتحقق فيجب عنه بأن يقال لما تصور بصورة الغصب سماعه غصباً كما في قوله تعالى الا ابليس ولا نه تصور بصورة الملائكة اه كلامه (أقول) قد مر منا أيضاً هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا أن الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكم مقرر لطلق الغصب الشرعي لا يتحقق عنه عند أحد وانما اختلف صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بوجهه على المعنى اللغوي كما قررناه آنفاً فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضاً على القول بتحقيق الغصب الشرعي في العقار على أنه لو بني عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلن وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سماعه غصباً فله وجهه ولكن فيما ذكرناه من الحل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

(٤٩ - تكمله سابع) معناه ان نظراً الى ثوب تزيد فيه الخمر فان كانت الزيادة خمسة مثلاً يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخسة بالخسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله

(قوله قال أبو عصمة المروزي) أقول هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمه الله

فصل لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تنصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى أن توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عند اخلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كالمغصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق (ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكاله) يعني يد اورقية وكل من ملك بدل شي خرج المبدل عن ملكه في مقابله ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدير ليس كذلك وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعليل الشافعي بذلك مناسب با وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فانه قال في الاسرار قال علماءنا رجحهم الله الغصب فيبدد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من (٣٨٦) وقت الغصب للغاصب حقيقة وله - ذالا يملكه الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان

فصل * ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كافي المدير ولنا أنه ملك البدل بكاله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدير لانه غير قابل للنقل لحق المدير نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف الفن

فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تنصل بمسائل الغصب كما هو أدب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عتوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعاً قوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها للغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كافي المدير ولنا أنه ملك البدل بكاله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية به - شرح كلام المصنف وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبتها لا ينافي ما غايته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب اه (أقول) كيف لا ينافي ما غايته وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزيف دليل خصمنا بما هي من لا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبتها تعليله لما قلنا لتزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزيف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكاله الخ كما أشار اليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكاله الخ لا يصلح جوابا آخر عما قاله

إذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المنفصلة والمنفصلة توضع هذا في هذه العبارة بعض الشناعة فالغصب عدوان محض والملك - لكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز إضافة مثله الى الشرع وقيل فيه - نظراً لانه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجب مطلقاً بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء)

جواب عما يقال لا نسلم أن المدير لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ الشافعي التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفاً للفن لا التدبير فيجوز بيعه لمصادفته الفن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه

فصل (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فانه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لان الغصب لا يصلح أن يكون سبباً للملك وعندنا لان المدير لا يقبل النقل كما يجب قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله واللام يمكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا) أقول فيه بحث فان عدم مناسبتها لا ينافي ما غايته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف عليك مستنداً كما صرح في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع عيینه) اذا اختلفا في قيمة المصوب فالقول فيه قول الغاصب مع عيینه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فيثبت ذلك القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لانه أثبتته بالحجة الملتزمة) فان عجز عن إقامة البينة وطلب عين الغاصب والغاصب بينة تشهد بقيمة المصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمه الله ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي الامام أبو علي النسفي رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجي بمأوى يردّها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفها وقيمتها وانما كان ذلك أصح لأجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المصوب عادة وحين يغصب انما يتأتى من الشهود معانية فعمل الغصب دون العلم بأوصاف (٣٨٧) المصوب فسقط اعتبار علمهم

بالاوصاف لأجل التعذر وينت بشهادتهم فعمل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كسبوتها بقراره فيحبس حتى يجي بمأوى يردّها على هذا الاحتجاج الى تأويل أبي بكر الأعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على أقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المصوب لان المقصود اثبات الملك لا ادعى في المصوب والقضاء بالجهول غير ممكن (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فأما

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع عيینه) لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع عيینه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لانه أثبتته بالحجة الملتزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو بينته أقامها أو ينكر الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع عيینه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذها دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لقوات الرضا

الشافعي ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو وعد وان محض سبب الملك كما ذكره الشافعي في تعليقه فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما تزلزعت كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عندا مكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب بغير الملك في المصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه (قوله الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فان عجز المالك عن إقامة البينة وطلب عين الغاصب

أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كالأخذ ضمنها بقول المالك أو بينته أقامها المالك أو ينكر الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كالأخذ ضمنه بقول الغاصب مع عيینه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة فان قيل أخذ القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى أجاب بقوله (وأخذها دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير) يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع عيینه (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في استرداده لانه توفر عليه بدل ملكه بكامله (وهو) أي ظاهر الرواية (الاصح) لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار

(قوله فلا يكون في معنى المودع) أقول ينظر فان الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينه مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا في ثمن السلعة كما صرح في الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الاصح) أقول فيه تأمل

قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد (٣٨٨) على ما ذكرنا من النقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب

قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد والنقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونماتها وثمرتها البستانان المغصوب أمانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالها فممنوعها اياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كافي للطبقة المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشككة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكرنا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيه اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الا كذا انما هو الاقل الذي كان معترف به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة الاتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فقبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل يعد عيبا في الأمة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لم يصح اعتاقه وتدبيره اذا تظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا مملوكا وقد تقررت في محله أنه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولو لم يسم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكا وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لأن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول

فان له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونماتها) كالسمن والجبال وثمرتها البستانان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن الا بالتعدى أو بالجور عند طلب المالك) والا كساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نعمائه في شيء حتى تضمن بالتعدى لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حصد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالطبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وان لم يكن

هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا) في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بجور فمما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب (قوله دون الاعتاق بالنص) اقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأمر مرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الأمومة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثمه ظاهرا إذا اظهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاصناف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع فلم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يده المالك بل أزال يد الغاصب والمختلف اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدها والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدها في حق الولد ويضمن (٣٨٩) الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمه ازالة

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا اظهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وفي الطيبة المخرجة لا يضمن ولها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية

ما اذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الاسرار فلم يدفع ورود الامتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا اظهر عدم المنع) أقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فثبت في يد الغاصب وأما فيما اذا غصبها حاملا فلا لأن الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن أمه مستلزما لازالته عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالته عن أجزائه فلا يتصور اذ ذلك أن يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بأن يقال اذا اظهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاصناف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا اه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمنا ولشئ هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفه وتعلق بالفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفه أيضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي محتاج الى المفعول به في التعقل والوجود جميعا

باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الطيبة سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جنائية) أي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف معنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا

(قوله سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثمه ظاهرا) أقول فيه بحث فان ازالة عن الكل ازالة عن الجزء (قوله فان تفويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى يفوت قلنا فرق بين التفويت والازالة فالاول لا يقتضي الثبوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق الخ) أقول فيه تأمل (قوله والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المغرور وحرز بالقيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حينئذ لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما في مسئلتنا مع أن المسئلتين الأولى ولين دلنا على أن مجرد اثبات اليد كاف في الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الاولى أن يقول بشكر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده

(واهدا بتكرره) الجزاء (بتكرره هذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرره هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلا يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى) قال (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية (٣٩٠) بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فوات

الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فوات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كالوفات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جارة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رحمه الله لا ينجر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جارا لملكه كما في ولد الطيبة الخرجه من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوى ذلك النقصان فانه لا ينجر به ابل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها الى الحرم وكما اذا ملك الولد قبل الرد أو ماتت الام وقيمة الولد وفاء وكما اذا جاز صوف شاة غيره فثبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فثبت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فانه لا ينجر الصوف بالصوف

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلا يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأخرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا ينجر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جارا للملكه كما في ولد الطيبة وكما اذا ملك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء وصار كما اذا جاز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم

والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصفه وقال ولا امتناع في قيام الاضافات بالمضافين ورده قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن بوصفه به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقوله هو لا الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تحقق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يذل المالك بل أزال يد الغاصب وكلمة التقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يذل والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يذل في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير المالك وليس ثم ازاله بدأ أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلناه ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك الجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون نعتا بالى هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتمام لانه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقيق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا بد دفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالاولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أى يتكرر الجزاء بتكرره هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يوجب ضمان آخر كذا وجدنا بخط شيخى ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرره هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أولى وفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا

وصل

والقوائم بالقوائم ولا مانع من الجزاء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه

(قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجر

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا

وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقترن أثرهما كثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرار هذه الجنابة فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرار هذه الجنابة التي هي الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندى للمعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الاول كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف يتكرر بتكرارها متفرع على قوله فهو ضمان جنابة كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله يتكرر بتكرارها على المعنى الثاني لان تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابة لا ضمان غصب فان تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابة وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسب أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك اتصال صيدا الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا اه تدبر توقف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف) ذهب جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية الى أن قول المصنف على ما عرف إشارة الى ما يجزى في مسألة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى أنه إشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول أيضا بطريق النقل حيث قال يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجزى اه (أقول) لا مجال عندى للحمل على الاول أصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وما يجزى في مسألة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح حواله معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى الى قول المصنف فيما ساقى وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذا تفضى اليه غالبا اه فان ذلك صريح في أن الولادة لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة أن العلق أيضا لا يكون سببا لان افشاءه الى الموت أبعد من افشاء الولادة اليه كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلق ثم ان المعروف في الحواله على ما يجزى أن يقال على ما يجزى أو على ما يعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كما يبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالبة المبيع لا اتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شيء بمثل قيمته ففضى القاضى به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان الفوات الخلف كالفوات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب للخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يخرج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يجزى وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كما يبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالبة المبيع لا اتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شيء بمثل قيمته ففضى القاضى به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان الفوات الخلف كالفوات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب للخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يخرج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

وصار كما اذا غصب جارية سمينية ثم هزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد
يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر بالنقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الطيبة ممنوع) جواب عن قولهما وتقريره لان نسلم أن نقصان
الطيبة بالولادة لا يجبر بقيمة الولد وكذا لان نسلم أن الأم اذا ماتت لا تجبر بقيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية
وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وهما ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم
اذلا تنقضي اليه غالبا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على
ذلك من قيمة الأم لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كردد العين ولورد عين الجارية كان النقصان
مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها (وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلامنا فيما اذا رد الأم
بنقصان الولادة هل يجبر بالنقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف يجبر بالنقصان به والخصاء لا يعتد بزيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم
يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل
المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر للنقصان وقع في ملكه فهو على حاله
أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٣) أشار الى جوابه بقوله لا يعتد بنقصانها ولا يمكن نقصانها لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في

العبارة فان قيل لو كان الولد
خلفا وبدا عن النقصان لما
بقى ملكا للمولى عند ارتفاعه
بضمان الغاصب لئلا
يجتمع البطلان في ملك
واحد أجيب بأنه ملك
المولى لا محالة ومن حيث
الملك ليس يبطل بل هو
بديل من حيث الذات فاذا
ارتفع النقصان بطلت
الخلفية وبقى في ملك المولى
فان قيل الولد عنده أمانة
فكيف يكون خلفا عن
المضمون فالجواب ما أشار
اليه المصنف رحمه الله من
عدم عدده نقصانا لا تضمنه
وهذا الجواب صالح للدفع
عن السؤال الثاني أيضا قلله

وصار كما اذا غصب جارية سمينية فهزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده
وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الطيبة ممنوع وكذا اذا ماتت الأم
وتخرج الثمانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم اذا الولادة لا تنقضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد
قبل الرد لانه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعتد بزيادة لانه غرض بعض
الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجزو سبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال (ومن غصب جارية فزني بها فخلت ثم ردها وماتت
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علق ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الأمة
أيضا) له ما أن الرد قد صح

زبدة ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منظور فيه فان النقصان أمر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذ
وضع مسئلنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لا يعتد بذلك النقصان المحقق نقصانا سوى
انحياز ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام السراج فاطبة في شرح قول المصنف وعند
ذلك لا يعتد بنقصانها كما مر ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد
وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لأن
يعتد بنقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لا يعتد بنقصانه
الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما محتملا وحاشا
لاعتناء من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سمينية فهزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت)

درا المصنف ما لطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا قال (ومن غصب جارية فزني بها) قال في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردّها فتجبل فتموت في نفاسها قال هو ضمان قيمتها يوم علق وليس عليه
في الحرة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا ضمان عليه في الأمة أيضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردّها وتابعه المصنف في قوله
ثم يردّها فتجبل بتقديم الرد على الحمل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحمل على الرد لبيان أن الحمل كان موجودا وقت الرد قال الرد قد صح
لأنه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لان نسلم صحته حيث ملكت بسبب كان عنده

قال المصنف (أوسقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول قال الزيلعي أوفلها الغاصب فنبتت مكانها أخرى فردّها سقط ضمانه عنه اه
وفيه أن السبب ليس بمحدد والفرق أن الثنية لاقية لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعتد
بنقصانها الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري
ماله بماله وقد مر تفصيله في باب المراجعة والتولية فراجع (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضممان
الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بديل من حيث الذات) أقول فيه بحث

أجاب بقوله (والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا يسبب كان عند الغاصب والهالك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب. كما إذا جت في يد الغاصب ثم ردها فهلكك أوزنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكك منه ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل (ولا يحنيفه رجه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد جدها هنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردوها وفيها ذلك) فصار كما إذا جت في يد الغاصب فقتلت به في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة) إذا زنى به رجل مكرهة فجلت وماتت في نفاسها (لانها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكك عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبل (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما كن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب (٣٩٣) على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شروط صحة الرد) ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذا لا وصف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهالك في يده وأما الغصب فالأوصاف داخله فيه ولهذا الوصاف جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد دونها

والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا جت في يد الغاصب ثم ردها فهلكك أوزنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكك منه ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما إذا جت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

(أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين إذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الأولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية بغير سبب الزيادة وهي السمن في الأولى ونبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جرح صوف شاء وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقياس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على نبتك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضا ثم أقول في الجواب أن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحادهما إنما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم إذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحادهما إذ يمكن عند اتحادهما أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره بخلاف عدم اتحادهما إذ لا وجه عنده أصلا لأن لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعى أنالانه إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصانا فلا ينسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اهـ (أقول) ليس هذا بشيء لأن الثنية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بل لا ريب والكلام في نقصان الجارية المعصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيءا فيما نحن فيه (قوله والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا

(٥٥ - تكمله سابع) رد فاسدا وأما إذا جت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما به من الحي والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو من كبة منهم ما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالشك

قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق أنقاه من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب موت الأم فتأمل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزبائني وفي فصل الحي الموت يحصل بزوال القوى وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل (قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء) أقول فيه به بحث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحي والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحي المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث

(قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أوزنت في يده الخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجراح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل ما لثري رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها انكسما قال أبو حنيفة رحمه الله (لشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها ما غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيه النسخ والضنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالاجماع (فكذا بالغصوب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كالأموال ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لأنها حدثت في مكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (أذهى لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى) وما حدث في مكان الرجل فهو في ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الادفع لحاجته الى اقامة التكاليف (٣٩٤) فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا

سدونها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك ولأنه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فناؤها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا تلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بdraهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان مازك ثم صح ما لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأوجب عن الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق

والزنا سبب جلد مؤلم لا جراح ولا متلف فلم يوجب السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنه فيجب أجرة المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطاها أو سكنها وقال مالك ان سكنها يجب أجرة المثل وان عطلها لا شيء عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذهى لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها

سبب الهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست بسبب للموت حيث قال وتخرى الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذا تفضى اليه غالبها فكان بين الكلامين تدافع فليتنا مل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذهى لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كافي استئجار الدور والارض والدواب ونحوها لأن الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلته ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر أحدا حارم حول جواب هذا الاشكال مع ظهور روده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسألة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلته المنافع بل بمقابلته التمكين من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون مخلصا ههنا الا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكرنا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يأبى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والمالك

لا بين باق وأبى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبيع الى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بdraهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

(قوله لأنها أعراض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضمن أيضا لانها تدمع أصلها (قوله وما حدث في مكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويعضده أن الاجسام متمثلة لتركيبها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدراهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضا فلا يصلح ما ذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي المماثلة بخلاف ضمان العدو وان فاه يتنى على المماثلة بالنص

في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدائها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العدة اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كل هامة مسر بل متعذر تأمل توقف ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المذکور عدم وجوب الاجرة على المصة تأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر في أول كتاب الاجارات أن القياس يأبى جوازها الا أنها جازت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المأجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع الغصب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وما لا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلاً فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره برشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال واثبتنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضاً لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع أعراض لا تبقى وقنين والعين تبقى أوقانا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمنان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضاً تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخجلوا ما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع أو بغيرها من الاعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعمدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا أنلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدرهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدرهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لأن القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيباً في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شيء أما في الاول فلا أن تنويره بقوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر لا يخرس به صحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لأن للعقد والرضا تأثيراً في تجوز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدو ان قطعاً ألا يرى أن التفاوت بين

وقد عرفت هذه المآخذ في المختار ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الآن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء

العين

جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار مثلاً لا بدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلا ن جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهمه لأن التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز أن يكون الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضاً كذلك فمن أين ثبتت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا بعد عيباً في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا يجازي كرم من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختار) قال صاحب العناية في تفسيره هذه المآخذ أي العلة التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً بقوله أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً بقوله لأنها الاتمائل الأعيان الخ اه (أقول) فيه نوع خلل لأنه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لاحد الأمرين ولا شك أن العلة التي كانت مناط الحكم ههنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولاً وثانياً وثالثاً بقوله المزبورة لأمر آخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب العناية ههنا أراد بالمآخذ العلة التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولاً بقوله أنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً أنها الاتمائل الأعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص اه أقول برده على ظاهره أن العلة التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف أولاً وثانياً وثالثاً بعينه كما عرفت أنفاً فمأخوذ قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بهذا العطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلة التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وبقوله أراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذلك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصح العطف لأنه لو قال في الثاني وأراد بهذا المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن * ثم أقول بقي في هذا المقام بحث قوى وهو أنه قد صرح في معשרات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضاً في الوقف ومال اليتيم وما كان معدلاً لاجارة مع أن العلة المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضاً (فان قلت) العلة المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظر الوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلة بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فالجواب الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جداً

(وقد عرفت هذه المآخذ)
أي العلة التي هي مناط
الحكم أو ما ذكره أولاً بقوله
لأنها حصلت في ملك
الغاصب وثانياً بقوله أنها
لا يتحقق غصبها وتلافها
وثالثاً بقوله لأنها الاتمائل
الأعيان إلى آخره (في
المختار) يعني في مختلف
أبي الليث وقوله (ولا
نسلم أنها متقومة)
جواب عن قوله المنافع
أموال متقومة وتقريره
أننا لا نسلم أنها متقومة في
ذاتها لأن تقوم لا يسبق
الوجود والاعراض وذلك
فيما لا يتي غير متصور بل
يتقوم لضرورة دفع الحاجة
(عند ورود العقد) عليها
بالتراضي ولا عقدي
المتنازع فيه (الأن) أي
لكن (ما ينقص استعماله
مضمون عليه لاستهلاكه
بعض أجزاء العين) والله أعلم

(قوله أو ما ذكره أولاً بقوله
لأنها حصلت الخ) أقول
فيه بحث

فصل في غصب ما لا يتقوم لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقيق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المغمصوب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم (قال وإن أتلف المسلم خيرا الذي أو خنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خيرا الذي واتلاف الذي خيرا الذي واتلاف المسلم خيرا الذي ولا ضمان على المتلف في الأولين بالاجماع وأما في الآخرين فعليه الضمان (٣٩٧) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى

هذا الخلاف إذا باعها الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذي لأنهم أتباع لنا في الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم إذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وإذا سقط تقومها فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق في حقهم إذا تجرلهم كالحل لنا والخزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولو هم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك

فصل في غصب مالا يتقوم **قال المصنف** (وإذا أتلف المسلم خيرا الذي أو خنزيره ضمن) أقول في شرح الكافي لاصدر

فصل في غصب ما لا يتقوم قال (وإذا أتلف المسلم خيرا الذي أو خنزيره ضمن قيمته ما فإن أتلفه ما لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمنه مالا الذي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا أتلفه ما ذي ذي أو باعها الذي من الذي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذي لأنهم أتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم إذا تجرلهم كالحل لنا والخزير لهم كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذي ذكرناه انما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المغمصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه إلى التقوم اه كلامه وقد اقتنى أثره صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا إلى المصير إلى اعتبار عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان مالا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي مالا ضمان فيه كاتلاف خسر المسلم وخنزيره لا وجه له لا اعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع إباء عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فتركوا حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم اه ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالتجر والتجزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم إذا تجرلهم كالحل لنا والخزير لهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم أتباع لنا في الاحكام ونعم ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام إذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباع لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا فيدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعائنا ههنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديارات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فنأين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات والعبادات أيضا في حق المؤاخذة في الآخرة وأما في حق وجوب الاداء في الدنيا فتختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقويم التجرو والتجزير أيضا * ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الأول فبأن يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم

الاسلام لو أتلف مسلم على ذي خنزير على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القادوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف إذا أتلفه ما ذي ذي) أقول ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذي بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر إلى قوله لا تفعلوا الخ) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد
تلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

أما عالناس في الأحكام فإن عمر رضي الله عنه حين سأل عما له ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر
فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولو هم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم
حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد في محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح
وأما عن الثاني فإن يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضا
وأما فيما لا يتحملة فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعاً وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة
في شريعة من قبلنا وفي صدر شرعنا والاصل أن ما ثبت يثبت إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله
تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا دليل السباق والسياق فبقي في حق من لم يدخل
تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا
وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا
حلالين في الأمم الماضية وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق
المسلمين فكانا حراما عليهم وبقي أحلالا على الكفار كنسكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد
التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا ألا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين
في سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انموا الخمر والميسر والأصاب والأزلام رجس من عمل
الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يعلم إذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم
الميتة والدم ولحم الخنزير إلى هنا لفظ غاية البيان ثم إن التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب
البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق
أهل الذمة وكذا الخنزير فأنجز في حقهم كالتحلل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الإباحة
شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما ممنوع
به حقيقة صالح لا قامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق لأن الحرمة في حق المسلم
ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقولا لا معنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله
تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة لأن الصدا لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لأنهم سبب المنازعة والمنازعة سبب
الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا إن الحرمة ثابتة في حقهم
كما هي ثابتة في حق المسلمين لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت عندنا وهو الصحيح من الأقوال على
ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما
في الحال فهي عرض أن تصبح مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف
يعتمد كون الحل المقصوب والتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال ألا يرى أن المهر والخش
وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع
عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسا لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال أمرنا أن نتركهم وما يدينون
ومثله لا يكذب وقد دأبوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب
والاتلاف يقضي إلى التعرض لأن السفه إذا علم أنه إذا غصب أو تلف لا يؤخذ بالضمان يقدم على
ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن
نتركهم وما يدينون) أقول لقائل أن يقول فلم لا تتركهم وما يدينون في بعض الأمور كأحداث البيعة
والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب أن

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعني لا نجادلهم
على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون
على الترك بالإلزام بالسيف
لعدم النمة وحينئذ تعذر
الإلزام على ترك التدين
فبقي التقوم في حقهم وإذا
بقي فقد وجد اتلاف مال
مملوك متقوم وذلك يوجب
الضمان بالنص فيضمنه
ونوقض بما إذا مات المجوسى
عن ابنتين أحدهما
أمر أنه فأنه لا تستحق
بالزوجة شيئا من الميراث
مع اعتقادهم صحة ذلك
النكاح وصحة النكاح
توجب تورث المرأة من
زوجها في جميع الأديان
إذا لم يوجد المانع ولم يوجد
في ديانته ثم لم تتركهم وما
يدينون وأجيب بأننا لا نسلم
أنهم يعتقدون التورث
بأنسجة المحارم فلا بد له
من بيان

(قوله لا نجادلهم على الترك الخ)
أقول أي ترك ما يدينون
(قوله وأجيب بأننا لا نسلم)
أنهم يعتقدون التورث
الخ) أقول فيه أن مراد
الناقص أنا إذا حكمنا بينهم
على شرع الإسلام لطلبهم
ذلك لأنورنها

وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب اقيس عليه لشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لان احدا من اهل الاديان لا يدين قولهما
الا انه يجب قيمة الجروان كانت مثلية) وتذكر الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعرازا
هـ) بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تملكها وملكها فان جرت بينهما مبادعة (٣٩٩) جازلهم التملك والتملك وان

استملكها بعضهم لبعض
جاز تسليم مثلها وتسليمه (قوله)
وهذا بخلاف الربا متعلق
بقوله لان الذي غير ممنوع عن
تملك الجركذا قيل والاولى
ان يتعلق بقوله نحن امرنا
ان نتركهم وما يدينون الى
آخره لاتساق ما بعده من
العطف حينئذ (وقوله لانه
مستثنى من عقودهم) يعني
بعدم الجواز لقوله صلى الله
عليه وسلم الامن اري فلديس
بيننا وبينه عهد وذلك لانه
فسق منهم لا تدين لثبوت
حرمة الربا في دينهم قال الله
تعالى واخذهم الربا وقد
نهوا عنه (وبخلاف العبد
المرتد للذي) فان المسلم اذا
اتلفه لا يضمن شيئا وان كان
اعتقاد الذي ان العبد المرتد
مال متقوم وهو ايضا في
الحقيقة مقيد عليه لشافعي
رحمه الله ووجه الجواب (انا
ما ضمنا لهم ترك التعرض)
للعبد المرتد للذي (لما فيه)
أي في ترك التعرض (من
الاستخفاف بالدين) بالترك
والاعراض عنه واستشكل
هذا التعليل بما اذا اتلف
على نصراني صليبا فانه
يضمن قيمته صليبا وفي ترك
التعرض استخفاف بالدين
واجيب بان ذلك كفر أصلي
فالنصراني مقصر على ذلك
بخلاف الارتداد

بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين قولهما الا انه يجب قيمة الجروان كان من
ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعرازا بخلاف ما اذا جرت المبادعة بين الذميين لان
الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد
المرتد يكون للذي لانما ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستخفاف بالدين

امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما ان الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه
الصلاة والسلام الامن اري فلديس بيننا وبينه عهد على ما ساقى بيانه عن قريب قال صاحب العناية
أخذ من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسى عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجة شيئا
من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب تورث المرأة من زوجها في جميع
الاديان اذالم يوجد المانع ولم يوجد في ديانهم ثم نتركهم وما يدينون واجيب باننا لانسلم أنهم يعتقدون
التورث بالنكحة المحارم فلا بد من بيان اهـ واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان
مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اهـ (أقول) ليس فيما ذكره كبير
حاصل اذ مراد المجيب ايضا ان عدم تورثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم
ثبوت اعتقادهم التورث بالنكحة المحارم نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة
اعتقاد صحة النكاح اعتقاد اسحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة
النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التورث بالنكحة
المحارم وطلبوا ذلك لم تحكم بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقص
بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض * ثم أقول ببقية ههنا كلام آخر وهو ان للسائل ان يورد النقص
حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدين مع أن وجوب
تورث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذالم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن
الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا)
متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب
العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من
العطف حينئذ اهـ (أقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع
كونها مما يابى ذلك جدا لا يستقيم ان يكون الربا من خلاف قوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون
لان الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تديننا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى
واخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا
مخالف لقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير ان يكون قول
المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون بصير المعنى وهذا أي قوله
ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملازمة الخلاف
بينهما كما بينا آنفا وأما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذي غير ممنوع
عن تملك الجرو وملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح في معنى غير المعنى وهذا أي عدم كون الذي ممنوعا
عن تملك الجرو وملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى ان هذا المعنى سديد

(قوله قوله وهذا بخلاف

الربا متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تملك الجركذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن الخ) اقول بل الاولى ان يتعلق بقوله
فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الجرو والخنزير

(وقوله بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى وحيث يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة (٤٠٠) دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن

الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم أترككم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خيرا نخلها الخ) من غصب من مسلم خيرا نخلها أو جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل أو الدباغ إما أن يكون بخلط شيء وبماله قيمة أو لا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها أو ديبغ بالقرظ بفتحين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما أن يكون الخلل والجلد باقيين أولا فان كانا باقيين أخذ المالك الخلل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المستثنين ما ذكره في

وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيعه لان ولاية الحاجة ثابتة قال (فان غصب من مسلم خيرا نخلها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخلل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل تطهيره بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالكية وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة فلماذا يأخذ الخلل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال (وان استهلكهما ضمن الخلل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقال لا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخنزير اه (أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتأويل ما ذكر كإزعجه بصير المعنى وهذا أى ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بأن يقال المراد وهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا لأن الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربا مما لا مساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيعه لان ولاية الحاجة ثابتة) قال في العناية يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه ومن الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى وحيث يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن الدليل الدال على تركها مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هذا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اه (أقول) هذا ساقط جدا أما أولا فلا ن القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذ ما حكم به القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلا مما يخالف

الكتاب وهو نير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخلل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال لا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه

(قوله ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة الخ) أقول الأولى استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فثبت ولاية الحاجة (قوله والجواب الى قوله وهو منتف في حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمتثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه

الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدافانه مخالف لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدافكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلأن حاصل الجواب المذكور أن علة الأمر بالتروك في قوله عليه الصلاة والسلام أتركوه وما يدينون هي عقد الزمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور إلحاق المجتهدين بأهل الزمة في ترك الحاجة لدلالة ولا قياسا ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الزمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى وإن حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والجمع عليه لا يحتاج إلى دليل لأن دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اهـ (أقول) هـ ذاليس بسديد لأن الذي لا يحتاج إلى دليل ما أجمع عليه الأمة بالاجماع الذي هو أحد الأدلة الأربعة الشرعية فإن الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمة الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر أن تمام مسألة الاستهلاك لا اجماع الأمة الذي هو من الأدلة لأن هـ ذالاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الأئمة الثلاثة يعني مالك والشافعي وأحمد لو تخللت الخمر بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن وأما إذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اهـ فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لا تخفى في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الأمة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الأمة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لأن دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لأنه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لأنه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدي اهـ كلامه (أقول) ظهوره هـ ذالدليل المفصل الدائر على التريدين غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها السائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل * ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا تفهامه مما ذكره في دليل مسألة الاستهلاك يرشدك إليه قطعاً قوله في أثناء ذلك وجه هـ ذافارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اهـ (أقول) هذا النظر ساقط حداً لأن سلم أولاً أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فإن نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون

وان هلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والجمع عليه لا يحتاج إلى دليل لأن دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبيضة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لأنه لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدي والقرض عدمه (وقوله أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني إذا غصب الجلد من منزله فأما إذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رجه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا وإذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار
 يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تقويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وغيره في شروح
 الجامع الصغير قولهما يعطى (٤٠٣) مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني أن القاضى قوم الجلد بالدرهم

ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما
 يعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحادهما في طرح عنه ذلك القدر ويؤخذ
 منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله أن تقوم حصل بصنع الغاصب وصنعتة
 منقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي مازاد الدباغ فيه فكان حقه
 والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من
 غير صنعة بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوت
 قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبيغ فلم
 يكن تابعا للصنعة

نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع
 فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استهلكه واعطاء المالك ما زاده
 الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر
 للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد أشار إليه صاحب النهاية حيث قال
 في حل هذا المحل ان الاستهلاك جنابة موجبة للضمان في محل هو مال منقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد
 على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الآن هناك السبب الاول وهو الغصب موجب
 للضمان أيضا فله أن يضمه بأي السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان
 فتعين التضمن بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للغصب منه أن يضمن
 المستهلكا ويعطى الغاصب مازاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون
 عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة) قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير
 صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب
 موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقتفى أثره الشارح الغني (أقول) فيه نظر
 اذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعة لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو
 الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان
 في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي
 هناك كحقيقته في صورة الاستهلاك على ما أشار إليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا في تعليل
 تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند
 تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبرا في حقيقة
 الغصب الشرعي كما تقر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير
 متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدفعه حين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب
 للضمان فيما نحن فيه بل لا ريب ويؤيد ما قلنا ان الحجر المتخالف بنفسها أيضا غير مضمونة في صورة الهلاك
 بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبرا بدون

الجامع الصغير قولهما يعطى
 والدباغ بالذنانير فيضمن
 الغاصب القيمة ويأخذ
 مازاد الدباغ أما اذا قومهما
 بالدرهم أو بالذنانير في طرح
 عنه ذلك القدر ويؤخذ منه
 الباقي لعدم الفائدة في الاخذ
 منه ثم في الرد عليه ولا ي
 حنيفة رحمه الله لان سلم أن
 الجلد مال متقوم ما بنفسه
 وانما حصل له التقوم بصنعة
 الغاصب وصنعتة متقومة
 لاستعماله مالا متقوما فيه
 ولهذا كان له أن يحبس حتى
 يستوفي مازاد الدباغ فكان
 التقوم حقا للغاصب وكان
 الجلد تابعا للصنعة الغاصب
 في حق التقوم ثم الاصل وهو
 الصنعة غير مضمون عليه
 فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة
 التبعية أصله كما اذا هلك من
 غير صنعة فان عدم الضمان
 هناك باعتبار أن الاصل
 وهو الصنعة غير مضمون
 فكذلك الجلد والا فالغصب
 موجب للضمان في الهلاك
 والاستهلاك (قوله بخلاف
 الرد الخ) جواب عن قولهما
 ولانه واجب الرد وتقريره
 أن وجوب الرد حال قيامه
 لانه يتبع الملك والجلد غير
 تابع للصنعة في حق الملك

لثبوت قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة
 فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولهما
 كما اذا غصب ثوبا وأقسم الذكي استظهاره لان التقوم فيهما أي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدفع والصبيغ فلم يكن تابعا للصنعة
 والتقوم يوجب الضمان

ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه

تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التقوم للأخذ بعد الأخذ كافياً في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الآخذ جبراً مع أنه خلاف ما عليه الإجماع * ثم أقول لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما إذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وإن كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقاً علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما إذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وإن كان السبب مختلفاً في الصورتين ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذلك التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سبباً أيضاً في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لأن حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والافالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فإنه إذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لأن انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قولهم ما والافالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قبل ليس له ذلك أي مطلقاً بخلاف ويقتضي هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاق بقوله لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندى فإنه لا يتمشى على أصل الإمامين إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه فيضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فإن له قيمة وقتئذ والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بخلاف أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فإن عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضموناً على الغاصب بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالاً متقوماً بالدباغ باقياً على ملك المالك كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبغ الثوب لأن الصبغ في الثوب باق على الجلد تأمل (قوله لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لا مر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمن في صورة تعدي فيها الغاصب جوازها فيما ليس كذلك (أقول) يمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لما كان لا مر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه

(ولو كان) الجلد (قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أى الذى كان الدباغ فيه بشئ متقوم (ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك) بخلاف (لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك) وقوله (لأنه إذا تركه) دليل أن في المسئلة خلافاً لدليل المخالفين ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو أى الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفاً وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لا مر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمن في صورة تعدي فيها الغاصب جوازها فيما ليس كذلك

ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهم ما قيل بضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير خلط شيء أما اذا دبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزال ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمه الله صار الخلل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة (٤٠٤) رحمه الله وعندهما أخذ المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كافي دباغ الجلد وقوله

(قالوا) يشير الى أن ثمة قولاً آخر وهو ما قيل إن هذا والاول سواء لأن الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل إشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك) أي أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا أن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله (هو للغاصب في الوجهين) يعني ما اذا صارت خلا من ساعته

ثم قيل بضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل بضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولودبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثر أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرده عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفتة ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما أخذ المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالك تركه عليه وتضمنه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلا فالحق ما كافي دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلك له وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لان خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عند ولا ضمان في الاستهلاك لانه أتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه أتلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على اطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجهه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها في كفاية المنتهى

المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك اغتار به عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يملكه ذلك فكان السبب الاصل لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ألا يرى أنه لو دبغه بمالا قيمة له وكان هو لصاحبه بلا شيء كما يجب لم يكن للمالك تركه عليه وتضمنه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل بضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل بضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمن على قولهم ما قيل بعضهم بضمه قيمة جلد ذكي مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقال بعضهم بضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها ان قد قال المصنف فيما مر

أو بعد زمان وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم جأوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم أجروا على اطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجهه كلها وهي التخليل بغير شيء والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما

قال المصنف (وعندهما أخذ المالك) أقول قال صاحب التسهيل بشكل هذا مما مر من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه عليه فيتعين الضمان والخل كذلك زال اسم الخمر ومعظم ما يقصد به من الأغراض بفعله وهو القاء الملح ونحوه فينبغي أن يأخذه ويمكن أن يقال كأنه يتخلل بنفسه لان طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع بخلاف الخل انتهى ويمكن أن يتعلق بقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كالمنافع

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكر أو منصف فام هو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للذي من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طخنة وهو الباذق عن أبي حنيفة روايتان في التضمن والبيع لهما أن هذه الاشياء أعدت للعصية فبطل تقومها كالتحرول لأنه فعل ما فعل أمر بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بل باذن الامام ولا يضمنه لأنها أموال لصلاحيتهما لا يحل من وجوه الانتفاع وان صلت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمن مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد إلى الامراء لقدرتهم وباللسان إلى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كافي الجارية المغنية والكباش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هو في السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تلك عينه وان كان لو فعل جازوه هذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقرر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مديرة فماتت في يده ضمن قيمة المديرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقال لا يضمن قيمتهما لان مالية المديرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهم امتقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

في بيان أخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مذبوغ والى قيمته مذبوغا فيضمن ما بينهما وما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مذبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فافادة الاختلاف المذكور والمالك واحد والله تعالى أعلم وأحكم

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونة لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والاجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانهما قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اهـ (أقول) ليس هذا بسديد اذا الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشرحا وانما يتأق عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ثم ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الا عظم وأماننا الثاني اذ لو كفي مجرد كون العموم محسلا اجتهدا مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن أيضا عنده على ما صرحوا به وسأقي في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله (أوراق له سكر) أي صبه يقال فيه هراق به سريق بتحرريك الهاء وأوراق بهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونة

قال المصنف (لان المسلم ممنوع عن تلك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

(كتاب الشفعة)

لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزارعات
أو جب تقديمها وسيبها اتصال ملك الشفع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت
بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع وفي الشريعة عبارة عن تلك المروءات المتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار
قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) (٤٠٦) الشفعة واجبة أي ثابتة للخليط في نفس المبيع أي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب

والطريق ثم الجار يعني
الملاصق قال المصنف رحمه
الله (أفاده هذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد
من هؤلاء وأفاد الترتيب

(قوله لكن توفر الحاجة الى
معرفته للاحتراز عنه مع
كثرته الخ) أقول لكن
ما ذكر في بيان وجه تأخير
الغصب عن المأذون يعني
عن بيان سبب تقديم الغصب
على الشفعة ثم يمكن أن يقال
في وجه التقديم أن الغصب
بمع العقار والمنقول بخلاف
الشفعة والاعم يستحق
التقديم (قوله من الاستحقاق
في البياعات والاشربة الخ)
أقول فيه بحث إلا أن يقال
كلمة من التعليل (قوله أوجب
تقديمها) أقول الظاهر تقديمه
قال المصنف (الشفعة مشتقة
من الشفع) أقول يقال
شفعت كذا بكذا اذا جعلته
شفعة به (قوله وفي الشريعة
عبارة) أقول قال الاتقاني
الشفعة عبارة عن حق
التملك في العقار يدفع ضرر
الجوار انتهى ولعله أولى
مما ذكره غيره من أنها تملك
عقار (قوله على المشتري

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع قال (الشفعة
واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم الجار) أفاده هذا اللفظ
ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد
جاء في تفسير قوله تعالى لا أعذبه عذابا شديدا أي لا ألزمه صعبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية
ثم ان الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفع
ومنه شفاعه رسول الله صلى الله عليه وسلم للذين لانهم يضمهم بها الى الطاهرين وفي الشريعة هي تلك
البقعة جبر على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا أنه وقع في بعضها تملك العقار
بدل تملك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك
ذكره في الاكثر بناء على ظهوره (أقول) في الكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقر عندهم وسيجيء في الكتاب
من أن الشفعة تجب أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتلك بالاختصاص لها المشتري
أو حكمها كما لم لان ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي
أو قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقوله لم
الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذا ثبتت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين
عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لا محالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير
أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضا قد
صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا فلا كانت الشفعة نفس
الملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة أما الاول فلا نه لا شك
أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو
الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم
الشيء يقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكما للشفعة
على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثاني فلا لأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى وحكم
الشيء ما يغايره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة
نفس التملك فالأظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال
ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار يدفع ضرر الجوار اه فانه اذا كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يسدفع الاشكال الذي ذكرناه بحذفه ويظهر ذلك
بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند

بشركة أو جوار) أقول لعل لم يذكر قيد جبرا كتنافعه بكلمة على فانما تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال
المصنف (الشفعة واجبة) أقول أي ثابتة وفي قول المصنف أفاده هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه وازدادة حق الشفعة بياتية
قال المصنف (أفاده هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر في الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول الام لا استحقاق
كافي أمثاله

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم

عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لأن الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاص رجحه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى أن كل ما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالمبيع لا يتصور وجوبها بالطلب واذ كرشخ الاسلام رجحه الله أن الشر كة مع البيع على وجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشر كة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشر كة وحدها لم يصح التسليم قبل البيع لانه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن البراءة عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشر كة وحدها ليست بعلة والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشر كة عند البيع أو بالشر كة والبيع وتأ كدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا كذا في الذخيرة وذ كره صاحب النهاية معزي إلى المبسوط والذخيرة والخفة وغيرها (أقول) يجوز أن يكون مراد الخصاص بقوله الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالمبيع ثم تأ كدها وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول الى ما ذ كره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب تطهير ما ذ كره المفسرون في قوله تعالى اهـدنا الصراط المستقيم من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم يكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل تطاير هذا في كلام البلغاء أكثر من أن تحصى والعجب أن عامة ثقات المشايخ جالوا كلام ذلك الهمام الذي له يد طولى في الفقه على المعنى الذي هو بين البطالان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف النمام (قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول لقائل أن يقول هذا الحديث وإن دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة لشريك إلا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لان اللام في الشفعة المذ كورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام الأئمة من قريش سيما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عربا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعي فلي تأمل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذ كره الحديث المزبور أى ثبتت الشفعة لشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعد ما لم يبق للشريك الا خر حق لافي المدخل ولا في نفس الدار فثبتت الشفعة اهـ واعترض بعض الفضلاء على قوله أما اذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اهـ (أقول) كل من اعترضه وتوجيهه ساقط أما الاول فلا أن قول صاحب العناية وأما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا قول بفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذ كره بطريق الاستطراد بيانا للواقع وأما الثاني فلا أنه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم أن يبدل الحديث المذ كور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة علينا لانا

والدليل على الاول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم أى ثبتت الشفعة لشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الا خر حق لافي المدخل ولا في نفس الدار فثبتت الشفعة

قال المصنف (فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز اذا لشر كة بعد القسمة (قوله ثبتت الشفعة) أقول تكرير للتذكير (قوله أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الا خر حق لافي المدخل ولا في نفس الدار) أقول هذا قول بفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فثبتت الشفعة) أقول فيه شئ الا أن يقال المراد الشفعة للخلطة

(وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهم واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقر ربه قبل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفيعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله (٤٠٨) ماسبقه قال شفيعته وفي رواية الجار أحق بشفيعته والحديث الاول يدل على

ثبوت الشفاعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار (وقال الشافعي رحمه الله لا شفاعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الاثمة من قر يش فتخصر الشفاعة فيما يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفاعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفاعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفاعة فيه قوله (ولان حق الشفاعة) دليل له معقول وتقريره أن حق الشفاعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفاعة أصلا

وقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله ماسبقه قال شفيعته ويروى الجار أحق بشفيعته وقال الشافعي لا شفاعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة ولان حق الشفاعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير من غير رضاه

(قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أي جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظر له وان كان غائبا أي الشفيع يكون على شفيعته وان غاب اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقر ربه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقر ربه اه قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق فيكون أحق به قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير بعض ما شمله كلمة أحق ولان ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفيعته فهو الذي يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة حينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر أن تكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشرع فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شفيعته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شفيعته حال غيبته فلا يكون على شفيعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلى وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له الى أن يجي ويفرغ من شفيعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى أن يجي ويفرغ من شفيعته مع بعد زمان الانتظار فلا يجب الانتظار له الى فراغه من شفيعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعي لا شفاعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة)

قال

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول يشير الى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله قال المصنف (ويروى الجار أحق بشفيعته) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لاسم التفضيل اذ لا حق في الشفاعة لما دون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود والخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه

لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرر ورد دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله (في الاصل) أي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم وبفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يحتمل القسمة كالبئر والجام (ولنا ما رويناه) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبة رواء البخاري وأبو داود

(قوله وهذا أي الجار يعني شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أي محل النزاع

قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الأئمة من قرئش فتتخصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك اه (أقول) فثبت بخلافه تقريره قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالة على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معاً أي من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملاصق حقه مقسوم من بينك الجهتين معاً فلا شفعة فيه ادعى هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجار وذ كر الحديث المذكور دليل عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجار بالذكر حيث قال ليس لتخصيصه - اذ ازيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعده دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا أي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أي الجار يعني شفعة الجار وسكت غيره هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر هاتم الفرع في قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندي أن المراد بهذا الفرع كليهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بأن الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بلك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا استربة فعمامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه أي الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا أن يقدر مضاف آخر في قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعته أي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه

(ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقض دفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا أى الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه (لان الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأييد والقرار (انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذا الجوار مادة المضار) (٤١٠) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار

ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بملك الاصل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

تعمل بعد عمل بلا ضرر ورة داعية الى شئ منهما فالحق ما قلته (قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) قال تاج الشريعة كذا التأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وكذا القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد اه واقتضى أثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ايسر المستعير ملك حتى يجتزعه اه (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تملك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فيكون قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا لدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تأييد الاحتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اه وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اه وتبعه الشارح العيني (أقول) فيه بحث لان المستأجر وان كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تملك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفا الا أن كلامهما قد خرجا بقوله اتصال تأييد فيما قبل فقامت في الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتنن فلا ملك له في الدار المرهونة لان من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل فطعم قطع النظر عن قيد التأييد فلامعنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلا والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار المورثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان في كل منها يتحقق الملك والتأييد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شئ منها (قوله لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اه (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه بازعاجه عن خطته الاصلية المتقررة أقوى فيعم ما كان ملكا له بالشراء أو الهبة الا أنه عبر عن أصله خطته وتقرر لها باضافتها الى آبائه مبالغة في بيان أصلها وتقرر لها وبناء على ما هو الاكثر وقوعا في العادة فأخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة الضرر تلزمه في الاصل دون

لا اطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بملك الاصيل) يعنى الشفيع (أولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) فيلحق به دالة وحاصلة أن الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فكفنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه

(قوله وقوله تأييد احتراز عن المنقول) أقول ايسر المستعير ملك حتى يجتزعه عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للمستأجر والمرتنن

منه في رقبة المستأجر والمرهون فلامعنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تأييد الا أن يقال المراد الدار المجعولة أجرة ثم أقول واحتراز بهذا القيد أيضا عن المورثة والموهوبة والموصى بها قال المصنف (لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الاصيل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصيل رافع لملك المشتري وهو دافع قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا حل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شئ مما يتوهم وروده

وتقرر بالجواب أنه مؤنة القسمية أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض وقد أجاب بعضهم (٤١١) بأن قوله عليه الصلاة والسلام

الشفعة فيما يقسم من باب تخصيص الشيء بالذ كر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الإلزام لأنه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تحب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان القسمية معنى المبادلة فربما يشكك أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

(قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين) أقول الاصل في اللام اذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين في الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطالوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضي الى قوله

الفرع يعني أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمية أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض اه (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط إن لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطاب كما عرف في علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك بخلاف ما يطالبنا به هنا لا محالة فلا بد من الجواب اما بيان الرجحان فيما رويناه أو بيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفي ناديلنا العلة في عند تحقيق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما يقسم من باب تخصيص الشيء بالذ كر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الإلزام لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تحب الشفعة اه (أقول) في كل من هذين الجوابين نظر أما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذ كر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذ كر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه الصلاة والسلام الأئمة من قريش وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداء القصر تدل على نفي ما عدا المذ كور فالاولى في الجواب عنه ما ذكرناه من الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للبالغة كما يقال العالم في البلد فلان وإن كان فيه علماء وإذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما في الثاني فلان حصول الإلزام للشافعي بقوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذ كور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وإن قال بفهم المخالفة إلا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم على ما عرف في الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمية غالب الوقوع فلا يدل على أنه إذا كان الطريق واحدا تحب الشفعة ولئن سلم حصول الإلزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال أنه مشترك الإلزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما باننا أيضا لو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الإلزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه في الكافي وذك ر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد

تحب الشفعة) أقول لا اعتبار لفهم الشرط عندنا وعند الشافعية لا اعتبار شرائط واجتماعها ممنوع هنا ولعل ذ كر صرف الطريق لكونه موجودا غالباً عند القسمية فهو خارج مخرج العادة فليأمل (قوله وانما نفي الشفعة في هذه الصورة) أقول أى في صورة القسمية

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعد الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والشرع يحق بتحقيق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مر بها قال (وليس الشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم

نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة فلا يجار ويناه أي جمع بين ذلك الحديث وبين ما روينا أنه أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بتوقع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة به ازالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفعة فيما يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ما عداه وأجيب عنه بعبارة مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيده المذكور لاني غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اه وقال في النهاية وكلمة انما قد تنجي لاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيدا أي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يراجع غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اه وقال في البدائع أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غيره المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر منكم وهذا لا ينفي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا منهم اه (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقررت في علم الادب أنه يؤثر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى انما أنا بشر منكم مدلول أنا والمقصود عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غيره المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا منهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما نفي غيره المذكور الذي هو المقصور عليه لان المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر منكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا بحالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا منهم يمتنع على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه واقتنى أثره الشارح العميني (أقول) ان كان مرادهما مؤاخذا المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لتكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والاخر على نوع آخر منه ثم لما كانت منزلة الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد بعد أن قال قبيله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم الجار فان ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء فاذا الترتيب أيضا

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر رمونة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة الاستحقاق صلح مر بها لان الشرع يرجع ابدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) اذ اثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية

فان سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طالب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع لم يمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذلك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة أراد الموضع الذي (٤١٣) هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك

في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا شاة شجر

قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بيننا من الترتيب والمراد به هذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهر لا تجري فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهر لا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة التأخير وليس للتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بل لا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بيننا من الترتيب) أقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما بيننا من الترتيب غير تام لان ما بيننا من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وسليمه بل واز أن يكون المتأخر محجوبا بالتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حيث لا يستحق المتأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليفة في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفى بما سياتى من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقر في حق الكل الخ (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذنا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب السيوغ فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

قال المصنف (ووجه الظاهر أن السبب قد تقر في حق الكل الخ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لأب مثلا اذا أسقط الاخ لأب وأم حقه مع تقرير السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطرارى لا يسقط بإسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجمله أنا لان سلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط

فتأمل (قوله وفي بيت منها شركة) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز أن يقال المراد بالبيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول الاولى أن يقول الموضع الذي بعضه مشترك بينهما والا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله (قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا الدليل ينظمهما والامر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل

وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لأن فتحه للورود لاحق لهم في المورد وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فلا استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعني قوله وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فإن استحقاق الشفعة هنالك باعتبار جواز الطريق فلا ذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لا لأهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسألة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار قال (وإذا اجتمع الشفعاء الخ) إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافاً لما في رجح الله فإذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر ثلثها ولا خسر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريك أن الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثاً بقدر ملكهما لأن الشفعة من مرافق الملك لأن التكميل منفعة وكل ما هو كذلك فهو مقرر بقدر الملك كالربح والغلة والولد (٤١٤) والثمره ولنا أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ألا يرى أنه لو انفرد

واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي فيه لا محالة لثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فاني يتساوى بان أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرة ولا قوة ههنا أظهر من الاخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان من جوارحنا استحق

وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فيبعت دار في السفلى فلا لها الشفعة خاصة دون أهل العليا وان بيعت العليا فلا لأهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفعي شركة ولكنه شفعي جوار) لأن العلة هي الشركة في العقار بوضع الجذوع لا بصير شركاء في الدار لأنه جار ملازق قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك) وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أن التكميل منفعة فأشبه الربح والغلة والولد والثمره ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيبستون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرة ولا قوة ههنا أظهر من الاخرى بمقابلتها وتعلمك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهاها

صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لأن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفعي جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وأيضاً قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تناقض

شأن أن المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد لا يخفى فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الأفراد يستحق الجميع وإذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقاً تستلزم ذلك أو التي لم يجتمع من علتين مستقلتين والاول عنود والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منها لا تستلزم زيادة والالزم الترجيح بكثرة العلة وليس يصح ألا ترى أن الشاهدين والاربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان ان ضمت احدهما الى الاخرى فاستلزم الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته يجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله (وتعلمك ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإنه التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ) أقول وههنا أيضاً كذلك فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء بحقه أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصبتهم كما تقدم لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للزوجة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائباً بقضى به باين الحاضر بن على عددهم لأن الغائب له لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضر بالشك وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضراً آخر وطلبها بقضى له بالنصف فإن حضر ثالث فمثلث ما في يد كل واحد منهم ما تحقه بالتسوية وإن كان بعد القضاء له فليس إلا أن يأخذ النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضى عليه (٤١٥) في قضية لا يصير مقضياً له

فيها ولا فرق في هذين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أصرب بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسئلة

الكتاب لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعد البيع) وهو يوهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوقه والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع بلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلة اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كإدائه الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اه (أقول) اقائل

ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقي في الكل على عددهم لأن الانتقاص للزوجة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غائباً بقضى به باين الحضور على عددهم لأن الغائب له لا يطلب وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضراً آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فمثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعد البيع) ومعناه بعده لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بينا

لا يخفى (قوله والشفعة تجب بعد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذ كر في مشاهير كتب العربية فلا يظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعد البيع بمعنى مع للصاحبة والمقارنة فإنه كثير شائع مذ كور في عامة معتبرات كتب الأدب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضاً بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أو في قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع ولجاء لتحقيق ذلك اه (أقول) في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع بلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلة اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كإدائه الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اه (أقول) اقائل

المبيع ولجاء لتحقيق ذلك ورد بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كإدائه الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل إلى قوله والضرر إنما يتحقق بالبيع) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز) أقول قوله هو راجع إلى كلام

(قوله والوجه فيه) أي في هذا التأويل (٦ ١ ٤) (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه

والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها وهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه قال (وتستقر بالأشهاد ولا بد من طلب الموائبة) لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه

أن يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا الزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلم يزم أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحل لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم أقول يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب في قوله أن ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامي وحولان الحل وإنما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة وكذا حلول الأجل في الديون المؤجلة إنما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحل وقبل حلول الأجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحل وبأداء الدين قبل حلول الأجل والمصرح به في موضعه إنما هو تأدي الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أي في هذا التأويل وتبعه العيني (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذي ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لأنه هو السبب في جريان هذا الوجه أذهو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدرى أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة إلى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بأرجاع ضمير فيه إليه بل لا وجه له عند التحقيق لأن المصنف عاين تأويله المذكور بقوله لأن سببها الاتصال على ما بيناه فقام معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا به بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف أنه إذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكّر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله وهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) أقول فيه تأمل إذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا إنما هي دفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر إنما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لأنه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لأن البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر فتذكر قال في العناية ونوقض بما إذا باع بشرط اختياره أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الإقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعموم مل به كإعماله والهبة لا تدل على ذلك لأن غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى (أقول) في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لأنه إن كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلا فإن كون غرضه المكافأة لا ينافي رغبته

وله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع باقرار البائع به صح له أن يأخذها وإن كذبه المشتري ونوقض بما إذا باع بشرط اختياره أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الخيار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعموم مل به كإعماله والهبة لا تدل على ذلك لأن غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالأشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالأشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب الموائبة أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى الموائبة لتلبسه بها لأنه أي الشفعة ذكر الضمير نظرا إلى حق يبطل بالأعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة لكل العقال إن قيد هائيت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل

عن

على أنه أعرض عنه أو دام عليه والأشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما

(قوله إذ غرض الواهب المكافأة) أقول فيه شيء فإنه لا يتشبه ذلك في الهبة للقريب المحرم وفي أخذ الواهب العوض

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالشهاد قال (وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار يجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفيعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله يجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافاة بالتمسك مع أنه لا ينافي في رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكرنا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكية لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم أولز وجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد اذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصور لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكية كانهقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقي النقض بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالشهاد) أقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فلزم أن يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها الحاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكتل الزيلعي أي تلك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتلك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم بثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي أيضا وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتفي بنبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالشهاد وتلك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت أخذ الدار بأحد الامرين المذكورين وقوله (يعني في الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (في الثانية) يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل نبوت الحكم وقوله (في الثالثة) يعني اذا بيعت دار يجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله يجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله والله أعلم

لما ثبت الشفعة بدون الطلب (٤١٨) شرع في بيانه وكيفيته وتنقيحه قال (واذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر

لا يحتاج الى بيان سوى
الفاظ تنبه عليها (طلب
المواثبة) معنى بها تبركا
بلفظ الحديث الشفعة ان
واثيها أى طلبها على وجه
السرعة والمبادرة (قوله
وهو أن يطلبها كما علم) أى
من غير توقف سواء كان
عنده انسان أو لم يكن وقوله
(لما ذكرنا) اشارة الى قوله
قبل الباب لانه حق ضعيف
وقوله (والاشهاد فيه ليس
بلازم انما هو لى التجاهد)
يعنى ربما يجحد الخصم
فيجتاج الى الشهود وتحقيقه
أن طلب المواثبة ليس
لأبواب الحق وانما شرط
ليعلم أنه غير معرض عن
الشفعة والاشهاد فى ذلك
ليس اشروط

*** (باب طالب الشفعة) ***

قال المصنف (لا نهما
ثبت له خيار التملك لا بد له من
زمان التأمل كما في الخيرة)
أقول بتحقيقه أن الشرع
أوجب له حق التملك ببدل
ولو أوجب البائع له ذلك
بإيجاب البيع كان له خيار
القبول مادام في مجلسه
فهذا مثله كذا في شرح
الكاكي والفارق ظاهر
فإن الشئ فبيع لا يملكه
بطلب الموائمة فقط بل
بالأخذ بالتراضي أو بقضاء

القاضي فله بعد طلب الموائمة زمان التامل بخلاف المشتري عند إيجاب البائع والمخبرة

باب طالب الشفعة والخصومة فيها

قال (واذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كإعلم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا وبقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن وثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان في النوادر والثمانية أخذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بدله من زمان التأمل كما في الخيرة ولوقال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أولا حول ولا قوة إلا بالله أقوال سبحانه الله لا تبطل شفعته لأن الأول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والشهادة فيه ليس بلازم إنما هو لنفي النجاسة والتقيد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب

*** (باب طلب الشفعة والخصومة فيها) ***

لما ثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذلك الشرط الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذلك الشرط الثاني منه ما وهو قوله والخصوصية فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصوصية في الشفعة شأن مخصوص وتفصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرعا في بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطالبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لماذا كرنا) قال الشراح قوله لماذا كرنا إشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضئيف يبطل بالأعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فاقائل أن يقول ماذا كره هناك كما يدل على لزوم طلب الموائبة يدل أيضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسيأتي التصريح منه بأن الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو اتفق التجاحد والجواب أن المراد بالاشهاد الماذ كور هناك هو الذي في طلب التقرير بدون طلب الموائبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب الموائبة اكان ذلك الطلب بعده لفوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب الموائبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله قبيح ذلك وتستقر بالاشهاد اذا الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي الشفعة عن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لانقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة انما وان كان مداره على أن لام الجنس في الشفعة ولا م الاختصاص في لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لا م الجنس والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد بالله تعالى فيرد علينا النقص بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة اشرك لم يقاسم كاذ كوفي صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفي الشفعة عن ليس بشرك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشرك أيضا كالجار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجمله ذلك على المطالبة بطلب الموائبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد) قال صاحب النهاية وذلك

وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل لقرى ببيع أرض بجانب أرضك فقبل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صححا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كدبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وأخذ (٤١٩) بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره

المصنف وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد بأخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها وقوله (بخلاف الخيرة اذا أخبر عنه) أى عند أى حنيفة يعنى أن المرأة اذا أخبرت بأن زوجها خيبرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان الخبر أو غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والافلا لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شرطى الشهادة

قال المصنف (لان الاعتبار للمعنى) أقول والمعنى المراد من الاول انشاء الطلب لا الجبر منه ليكون كذباً وكذا الثانى وليس بعده على ما زعموا قال المصنف (ويشهد على البائع الخ) أقول قال الاتقاني وينبغى أن يذهب الى أقربهم حتى لو

بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أناطها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الا الشهادة حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أى حنيفة وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صيباً كان أو امرأة اذا كان الخبير حراً وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم وهذا بخلاف الخيرة اذا أخبر عنه لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثانى طلب التقرير والشهادة لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الا شهادة ظاهراً على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب (ثم ينهض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده) معناه لم يسلم الى المشتري

لان طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقتضى أثره صاحب العناية وعده تحقيقاً حيث قال وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والاشهاد أيضاً ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما الذى لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذى عده صاحب العناية تحقيقاً منقوضاً بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسيأتى ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجهاً للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب الموائبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضاً كلاماً لانه ان أراد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أراد أنه يحتاج الى اثباته عند التجار فكذلك الحال في طلب الموائبة أيضاً * ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير أيضاً بناء على ما ذكره الامام قاضى خان في فتاواه حيث قال وانماسمى الثانى طلب الاشهاد لالا لأن الاشهاد شرط بل يمكنه اثبات الطلب عند مجود الخصم اه فانه يدل على أن الاشهاد في طلب التقرير أيضاً ليس بال لازم بل انما هو لتفى التجار كما في طلب الموائبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران سالماً من الانتقاض كما لا يخفى (قوله وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صيباً أو امرأة اذا كان الخبير حراً) أقول في التقييد بقوله اذا كان الخبير حراً ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبير حراً بالسبب الوثوق باخباره والظاهر أن مدار

ترك الأقرب وذهب الى الأبعد وأشهد على الطلب يبطل حقه قالوا وهذا اذا كان على طريق واحد فاما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الأبعد لأنه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فان كان الشفيع أو الأبعد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحساناً اه

وقوله (أوعلى المبتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الإسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب الموائبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة (٤٣٠) بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما اذا سمع الشراء

بحضرة أحد هؤلاء فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحصانا لان نواحي مصر جعلت كناحية واحدة ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصريف ترك الأقرب الى الأبعد بطلت قياسا واستحصانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفيعته وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفيعته وان طالت المدة (قوله وماذا كرم الضرر) جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم

(أوعلى المبتاع أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفيعته) وهذا لان كل واحد منهم ما خصم فيه لان الاول اليد والثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما اذ لا يملك ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديد لانه المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسند كركيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمد ان تركها شهر اربعة الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذرا لنقصه من جهة الشفيع فقد رناه بشهر لانه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كافي سائر الحقوق وماذا كرم من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد فاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا

الوثوق باخبار محبته فيما اذا كان طريق العلم منحصر في الاخبار وهو حال الخبر كعدالة وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطاً عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فامعنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاده مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب الموائبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والايكز أن يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد منقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلام وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلام حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب الموائبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اهـ وسيأتي تطهير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته حل عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب الموائبة لثلاث مخالفات ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الاشهاد في طلب الموائبة ليس بلام وانما هو لثبوت النجاسه (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا التصور يرفع تقصير لانه انما يتشبه فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الإشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلاثة للاشهاد أعني الاشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار اللهم

الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر تنقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء الا فانه ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ثم من الاجل على قدر المسير الى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفيعه

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعود بقوله وسند ذكر كيفية من بعد وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أولا ولا ويرى ما طن ما ليس بسبب كالجوار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا قسلا بد من البيان وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لا بد ان يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت (٤٣١) الى دعواه وعليه الفتوى وهذا

لا يلزم المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقيل سألته ثم بعد ذلك سألته عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت واخبرت من غير ان يسأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان البينة ظاهرا يحتمل أن تكون بدمك واجارة وعارية والمحمول لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان أقام فقد نور دعواه وان عجز استخلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم أن الشفيع مالك الذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه أمر الوأقر به لزمه فاذا أنكره لزمه البين على العلم لكونه استخلفا على ما في يد غيره

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة) لان البينة ظاهرا محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقها فصار كما اذا ادعى رقبته واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بداري فلا يصحها الا ان تم دعواه على ما قاله الخصاص وذكر في الفتاوى تحديده هذه الدار التي يشفع بها أيضا وقد ينه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استخلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك الذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استخلف على ما في يده فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأل القاضي) يعني المدعي عليه (هل ابتاع أم لا فان أنكر الابتاع قيل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوتها بالجهة قال (فان عجز عنها استخلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البينات لانه استخلف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصاله وفي مثله يحلف على البينات

الا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التفصيل حقيقة فالاول الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طابت الشفعة وأنا اطلبها الآن أيضا فاشهدوا بذلك أو يحضر المشتري ويقول هذا مشتري من فلان دار التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دار التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بداري فلا يصحها الا ان تم دعواه) قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لا بد ان يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء ليعلم ان المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رجما الله اذا طاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سألته عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذ اخبرت من غير ان يسأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بحضرته هل

فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعي عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذاك وان أنكر قيل للشفيع أقم البينة فان أقامها فذاك (وان عجز عنها استخلف المشتري على انه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره هذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه) يريد ما ذكره في فصل كيفية البين والاستخلاف من كتاب الدعوى

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه اذا طالت المدة لا يلتفت القاضي الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى اخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول لا على قوله ما حثي يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سألته عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الامل) ولم يقل هذا رواية الامل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضى يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فينتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضرب بنفسه عن اختيار فلا ينتظر له بإبطال ملك المشتري وانما ينتظر له بإثبات ولاية حبس المبيع فأما المشتري ههنا فلا يزال ملك نفسه عن اختيار ليعال أضرب بنفسه قبل وصول الثمن (٤٣٣) اليه بل الشفيع يملك عليه كرهاد فبالضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء به يتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيجب فيه فلو أدا الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفيعته لانها تآ كدت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخصمه في الشفعة لان البدله وهي بد مستحقة) ولا يسمع القاضى البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى به مال الشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتد بحضور البائع لانه صار أجنبيا اذا لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقتضى بالنفسخ عليه

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الامل وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فينتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيجب فيه فلو أدا الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفيعته لانها تآ كدت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخصمه في الشفعة لان البدله وهي بد مستحقة) ولا يسمع القاضى البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى به مال الشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتد بحضور البائع لانه صار أجنبيا اذا لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقتضى بالنفسخ عليه

كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذ من الذخيرة وتبعه بعض آخر من النحاح وقد غير صاحب النهاية عبارتهم في النقل وأفسدوا عباراتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب الموائبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بحضوره هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عباراتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب الموائبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب الموائبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبرا في أقسام الطلب وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد

لان البدله وهي بد مستحقة أى معتبرة كبد المالك ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احتراز عن بد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا أن الحاك لا يسمع البيعة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسمع البيعة فله ثلث اشترك في احداها مع البائع وتفرد بالآخرى وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى به مال الشفيع) عليهم ما ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقتضى بالنفسخ عليه)

ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لأن نقض البيع انما هو لأجل الشفعة ونقضه يقضى الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجهه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الاضافة) لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممنوع واذا كان ممنوعا فالتعرض من الشراء وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعث مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كذا كرنا (فيتحيل لبقائه بتحويل الصدقة الى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذرا لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له أن يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع يرى من كل (٤٣٣) عيب به الكن له ذلك والجواب

أن العقد يقتضى سلامة المعقود وعليه من العيب وانما يعتبر في حق المشتري بعرض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحوّل الصفة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الأصل (قوله فلهذا) أي فلتحول الصفة اليه (يرجع بالعهد على البائع) لانه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما اذا قبضه المشتري) فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى دارا غيره)

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهد على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دارا غيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ذلك سأل عن طلب الاشهاد ومراده طلب الموائبة بصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب الموائبة سأل عن طلب الموائبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب الموائبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب الموائبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأل عن طلب الموائبة سأل عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شي من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الموائبة فان الكلام اذ ذلك ماقى في صورة الشرطية فقدمها وهو قولهم اذا سأل عن طلب الموائبة اشارة الى ما ذكرنا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى دارا غيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يراد عليه قيد

فهو الخصم الخ) المشتري اذا كان وكيلا فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أولا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لانه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لانه لم يبق له يد ولا ملك) وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهم مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطاً في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائباً عنه (فيكتفى بحضوره) والبائع عنه ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا ملك المشتري من الوكيل بتحول الصفة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت توكيله (قوله بتحول الصفة الى الشفيع) أقول وأما مسئلة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضررا مرضيا بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

(قوله وكذا اذا كان البائع وكيلًا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيًا) يعني يكون الخصم الشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا
وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازًا عما (٤٣٤) لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي

يبيع التركة اما اذا كانت
الورثة كبارا لا يجوز بيعه
لانهم متمكنون من النظر
لانفسهم وقوله (واذا قضى
القاضي للشفيع بالدار الخ)
ظاهر وقد ذكرناه ايضا
فصل في مسائل
الاختلاف في
مسائل الاتفاق بين الشفيع
والمشتري في الثمن وهو
الاصل شرعي في بيان مسائل
الاختلاف بينهما فيه قال
(وان اختلف الشفيع
والمشتري في الثمن الخ)
الشفيع والمشتري وان كانا
بمنزلة البائع والمشتري لكنهما
ليسا كذلك من كل وجه
(لان الشفيع يدعي على
المشتري استحقاق الدار) بأقل
التمنين والمشتري لا يدعي
عليه شيئا فخير الشفيع
بين الاخذ والترك فاذا وقع
الاختلاف بينهما في الثمن
وعجزا عن اقامة البينة كان
القول للمشتري لانه ينكر
ما يدعيه الشفيع من
استحقاق الدار (عليه عند
نقد الاقل) والقول قول
المنكر مع عينه ولا يتحالفان
لانه لم يرد في النص ولا هو في
معنى المنصوص عليه من
كل وجه (وان اقاما البينة
فهى للشفيع عند أبي
حنيفة ومحمد)

وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فالشفيع أن يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا
كان البائع وصيًا لم يبيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله
خيار الرؤية وان وجدها اعياها فله أن يردّها وان كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشراء ألا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يقطع بشرط البراءة
من المشتري ولا برؤية لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه
*(فصل) في الاختلاف قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري)
لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع عينه ولا
يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا فخير بين الترك
والاخذ ولا نص ههنا ولا يتحالفان قال (ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد

فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله بد في الدار وكان المصنف
انما ترك ذلك كذا القيد اعتمادا على ان فهمه من تعليل صورة التسليم
فصل في الاختلاف في مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرعي في مسائل الاختلاف
بينهما وقدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في
شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب
اليمين لذلك في الطرفين ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فذلك
لم يجب التحالف ههنا اه واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب
غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف ههنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل
قال فلم يكن اختلافا فهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفوا وراذلا جرم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان
وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض
وأما اذا وقع بعد القبض فعني الانكار هناك أيضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان
التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفوا وراذلا وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب
الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار
من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون
ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل
وجه لا تنفعا شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة
حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركس البيع وان وجد لكن
بالنظر الى قواش شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من
الكثرة ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين
والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع
القياس اه (أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا

وجد

(قوله اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين

*(فصل في الاختلاف) قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول اذا النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار في
الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعي عليه شيئا

وقال أبو يوسف هي للشري لانها أكثر اثباتا فصار كينة البائع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فانها للبائع وكينة الوكيل بالشرا مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانم الوكيل وكينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فانم المشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما أنه) (٤٣٥) لاتنافي بين البينتين) في حق

الشفيع لجواز تحقيق البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيعتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فياز أن يجعل موجد في حقه (وله أن يأخذ بأيم ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما ما عقدان الا بانفساخ الاول) فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى أكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخرج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالى العقد بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل مصدر منه اقراران أي بحسب ما توجه اليه البيعتان فكان للوكل أن يأخذ بأيم شاء (وأما المشتري من العبد وقد ذكر في السير

وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) فصار كينة البائع والوكيل والمشتري من العدو وله ما أنه لاتنافي بينهما فيجعل كان الموجد بيعان والشفيع أن يأخذ بأيم ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما ما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخرج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد وأما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان نمنع

وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولا دعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به فاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخر اقامت منع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به ليم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعى والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئا وله هذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لا تصح بينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجع على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف * ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعى في الحقيقة الا أنه مدعى صورة حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعى بصورة تسمع بينته اذا أقامها كافي المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة الا يرى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع ويجز عن إقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه رد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجع أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوفاة في هذا المقام وجهم ما ماذ كرنا مؤيداه ماذ كره قبله بقوله لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحتج عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكي عنه الطريقة ثقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله وله ما أنه لاتنافي الخ وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكي أولاها محمد وأخذها وحكي ثانيها أبو يوسف ولم يأخذها كما ذكر في الشروح (قوله وهو التخرج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع اظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان أراد أن الوكيل والموكل كالبايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري

الكبير أن البينة بينة المالك القديم

(٥٤ - تكمله سابع)

(قوله لجواز تحقيق البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ويثبت بحجة المشتري البيع بألفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يردونها ممنوعة

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع (واذا حط البائع عن المشتري) حط به من الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة لان في المراجعة ليس في التزام الزيادة حق ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض ملحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذها بالثمن والثمن مابق وان حط بعد رجوع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلحق بأصل العقد لئلا يخرج العقد (٤٣٧) عن موضوعه وقد بينه في البيوع في

فصل قبيل الربا وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمتها) أي بقيمة العرض (لانه من ذوات القيم وان اشترى دارا بمكيل أو موزون أخذها بمثل لانه من ذوات الامثال) وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه بها والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالخزر والظن ففيه اجهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع ليكون قيمة البيت مما يعرف بالخزر والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال (واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حط البعض يلحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن مابق وكذا اذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع (وان زاد المشتري للبائع لم يلزم الزيادة في حق الشفيع) لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بمادونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له وتطير الزيادة اذا حدد العقد بأكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمتها) لانه من ذوات القيم (وان اشترى دارا بمكيل أو موزون أخذها بمثل) لانهم ما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعدوى المتقارب من ذوات الامثال

الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضى تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول أما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنالك الفسخ في حق المتعاقدين والذي لم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين وأما هنا فبخلافه أي لا يظهر في حق الثالث وغرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدو بالثمن الثاني وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعاً ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الإخراج الى دار الاسلام والاخراج اليه الم يكن الا بالبيع الثاني فاقتضى حل هذا المقام بهذا الوجه مما يهيم وقد أهمله الشراح مع التزامهم ببيان الظواهر في كثير من المواضع

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه عن الثمن تابع كذا في الشروح (قوله وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع

فلا يكون معتبراً بخلاف البيت فان أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهة المانعة

* (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) * (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع (قوله والثمن مابق واذا حط بعد رجوع الشفيع الخ) أقول لفظة ما في قوله مابق موصولة والضمير في قوله بعد رجوع الى القبض في قوله اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله لئلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لانه يصير به لا يبق تملك بلا عوض ولا شفعة في الهبة (قوله ألا يرى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول فيه تأمل فان التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهرة تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أي بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وان باع عقار بعقار) ظهر وجهه مما تقدم (واذا باع بثمن مؤجل) الى أجل معلوم (فالشفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها) وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لان الاجل وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به) أي بالثمن (٤٣٨) (فأخذها بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط

(وان باع عقار بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فأخذها بقيمة قال (واذا باع بثمن مؤجل فلو اشترى الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به فأخذها بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفه لاتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالاذن كركذا هذا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا

الذي يملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا أن الشفيع يتمثل بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله) وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل بالضم واقتل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا لتفاوت الناس في البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصف في الثمن) جواب عن قول زفر وجهه أن وصف الثمن يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والتمس حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيئا) ظاهر وقوله (لما بينا) إشارة الى قسوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في أوخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

فما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل بالضم واقتل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا لتفاوت الناس في البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصف في الثمن) جواب عن قول زفر وجهه أن وصف الثمن يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والتمس حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيئا) ظاهر وقوله (لما بينا) إشارة الى قسوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في أوخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

قوله

(وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ)

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول الاظهر انه جواب عما يقال الشرط وان لم يثبت صريحاً فقد ثبت دلالة لان الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس في الملافة) أقول أي في الغنى قال المصنف (وليس الاجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل في باب التحالف

يوهم أن الشفيع يملكه يبيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبي يوسف الآخر) احتراز عن قوله الاول روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف (٤٣٩) كان يقول أولا كقولهم ثم

رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو ولاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بين مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا اعراضه عن الاخذ ووجه قوله ما وقوله أولا ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة ثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما ثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو متمكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم أن المقصود به الاخذ لئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا

وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث التدبيرة وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد خلا فالقول أبي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قوله وان أخذها من المشتري يرجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك يبيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه اه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) هذا ضبط فاحش منه ما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة أم بعد جديد انما هو فيها اذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وأما فيما اذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل أحد بأن انتقلها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع واقد نادى اليه قول المصنف في آخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اه فالصواب أن قول المصنف هنا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري وتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار فان قوله وان أخذها من المشتري يرجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى أن غلث الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كانه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اه فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على ثبوتها أصلا (قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قررهما الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في تطايره وأما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير برعما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه وأما ثالثا

(قوله لان الطلب انما هو الاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو متمكن من الاخذ في الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال (قوله وتقريره لا نسلم الخ) أقول فيه بحث الآن المراد الاخذ في الحال

قال (واذا اشترى ذى دار بخمر أو خنزير أو شفعيهما ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفيعيهما ذى احتراز عما إذا كان مرتدافاه لاشفعة له سواء قتل على رده أو مات أو طلق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث (وان كان شفيعيهما مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعنى لكونه من ذوات القيم واستشكل بأن قيمة الخنزير ير لها حكم عين الخنزير وله - هذا لا يعسر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع (٤٣٠) الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف

الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتفض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط بقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر قال

(فصل) * الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذى اشتراه به

قال (وان اشترى ذى بخمر أو خنزير دارا وشفيعيهما ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذى والخمر لهم كالحل لنا والخنزير كالشاة فأخذ في الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفيعيهما مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لا تمتنع التسليم والتسلم في حق المسلم فالحق بغير المثل وان كان شفيعيهما مسلما وذنبا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذى أخذها بنصف قيمة الخمر لم يجزه عن ثلث الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لأن يبطل فصار كما اذا اشتراه بكثر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه بأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

(فصل) قال (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري ثمنه)

فلان قوله ولثن كان فلا نسلم أنه ليس بتممكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا مما لا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبي يوسف الاخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل أو الاخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكونه لانه لم يرفيه فائدة لا لاعتراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدي الثمن حالا لا يجدى طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه فان أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه وليس يلزم له البتة وخلاف أبي يوسف في قوله الاخر فيما اذا لم يحتتر الشفيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الخ على تميم دليل أبي حنيفة ومحمد رجهما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الاخر وجهه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل لشفعته انتهى تبصر

(فصل) مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل

الغير

المشتري وقيمة البناء أو الغرس وان شاء كلف المشتري ثمنه

(قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة) أقول وتقرر بالجواب في شرح الكاكي هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير بمعنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا لإبطاله حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما اذا لم يكن متضمنا لإبطال حق الغير وفي مسائل التناهي متضمن لإبطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما اذا مر على العاشر وفي شرح الكنز الزيلعي انما يحرم عليه تملكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير أو اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدلا عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمة بدل الدار فلا يحرم عليه تملكها

(فصل) * واذا بنى المشتري

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك (وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر وهو أنه لا يكلف ويكف القلع ويكف القلع ويكف القلع) لأنه يحق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه والمحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فإنه إذا بنى ليس للواهب (٤٣١) أن يكلفه القلع ويرجع في

الأرض وبالمشترى شراء فاسدا إذا بنى وبالمشترى إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع الزرع اتفاقا (وهذا) أي ما قلنا أنه لا يكلف (لأن) في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين (بمحمل الأدنى) ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (بمحمل الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجبه) ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل تعلق به حق مؤكّد للغير) بحيث لا يقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالأهني إذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بياناً لكون حق الشفيع

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي إلا أن عنده أنه لا يكلف ويكف القلع ويكف القلع ويكف القلع لأنه يحق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه والمحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكذا إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بمحمل الأدنى فيصار إليه ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق مؤكّد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالأهني إذا بنى في المرهون وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه وهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة

الغير فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله) وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بمحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا أي وهذا المدعى الذي قلناه وهو أن لا يكلف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضاً ولكن به بارات شتى فقال صاحب العناية أي ما قلنا أنه لا يكلف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف أنه لا يكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار إليه بكلمة هذا في قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليلاً عليه فينبغي أن يقول ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان انتهائسالك هذا المسألة إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الأنبة واللمية وإن كان أصل المدعى واحداً وكان ما صار دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر من ذلك فإنه ينفع في موارد ما وقد كنت نبت عليه من قبل أيضاً فلا تغفل (قوله) وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتلك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكمهم بما حاكمهم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث ثبت الملك أولاً للمشتري ثم ثبت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري في التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره هنا تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتملك مغايراً للاستحقاق ومؤخر عنه إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن الشفعة أحوال الثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وإن الأول ثبت باتصال الملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله) بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من

متأكداً (لأنه) أي الشفيع (يتقدم عليه) أي على المشتري وهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كإجارته وجعله مسجداً أو مقبرة فكذلك أن نقض تصرفاته غرساً وبناءً وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند أبي حنيفة

(قوله) فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول يعني ليس للشفيع أن يكلف الخ

لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف

الشرح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجهًا آخر معطوفا على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليل الخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجهي ظاهر الرأية والمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرأية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند أبي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذ انبى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشبيع في ظاهر الرأية انتهى (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالمرحوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينال في قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكاف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بذهب في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بذهب أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذ كر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذ كر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون مجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد * ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان البائع حق الاسترداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذ كر في الايضاح ان قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرامع أبي حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكاف القلع الخ وهذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والفرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذ كر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر

لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذ انبى المشتري في المشتري انما هو قوله وأما عندهما انه الاسترداد بعد البناء كالشبيع في ظاهر الرواية (قوله ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أي في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أي حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فلا استدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولانه لما كان ثابتا دليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لايحاب القيمة) راجع الى أول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايحاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى أو غرس (٤٣٣) ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك

البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع بقلع) جواب عن قوله وكذا اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لان حقه أقوى

من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيح بدفع أعلى الضررين بالاثمن انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشقوعة وصنعهما بأشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطى ما زاد قيمها بالصنع وبين أن يتركها وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقص لا يتضرر به المشتري كغير السلامة النقص له بخلاف الصنع وقوله (واذا أخذ بالقيمة) معطوف على مقدردل عليه التخيير وتقديره الشفيع بالخيار ان شاء كاف القلع وان شاء أخذه بالقيمة فان كلفه فذلك وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما ينه في الغصب

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايحاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع بقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما ينه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحق رجوع بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لأعلى البائع ان أخذه هاهنا ولا على المشتري ان أخذه هاهنا وعن أبي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فتر لا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غايه البيان هذا ايضا لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لأعلى مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ولا يبي يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندى حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد اه (أقول) نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسد انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بينها عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسألة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فلا استدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولانه لما كان ثابتا دليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلأن المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما في الثاني فلأن الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبقى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامه تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه ولا تسليط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه) أقول كان الأولى

(٥٥ - تكمله سابع) (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس فاستحق الارض رجوع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشتري (لانه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه متملك عن المشتري فتر لا منزلة البائع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل هو والاتقان

قال (واذا انهدمت الدار الخ) كلامه (٤٣٤) ظاهر والتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال انهم يعني أئمتنا زعموا أن البناء اذا

احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فات من غير صنع أحد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصته ما غرق من الثمن (وان نقض المشتري البناء) فالشفيع ان شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء تركه لان البناء صار مقصودا بالاتلاف ويقابله شيء من الثمن وقد صرف في البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبععا فبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان من كفافيه) يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ما عرف في ولدا المبيعة) يعني أن الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملكا للمشتري كالام وقوله (في الفصلين) يريد به ما اذا كان في النخل ثم روقت الشراء ثم جده المشتري وما اذا لم يكن ثم غرث ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (في الكتاب) يعني مختصر القدروري والله أعلم

قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذلك فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصرم مقصودا ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفاتت بعض الاصل قال (وان شاء تركه) لان له أن يمتنع عن تلك الدار بماله قال (وان نقض المشتري البناء قبل للشفيع ان شئت في العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك باقفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبععا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثم أخذها الشفيع بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذلك وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بقبيع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذلك كرفاشه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبععا للعقار كالبناء في الدار وما كان من كفافيه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثم غرث في يد المشتري) يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبععا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولدا المبيع قال (فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبععا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب (وان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته) قال رضي الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل في البيع مقصودا فيقابلها شيء من الثمن (أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الاتبعافلا يقابلها شيء من الثمن والله أعلم

أن يقال ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع لامن البائع ولا من المشتري ليعم ما أخذ من البائع وما أخذ من المشتري وبطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع ان أخذ منه ولا على المشتري ان أخذ منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تلك عن صاحب اليد جبر بغير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق الشفيع لامن جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تلك عن صاحب اليد جبر بغير اختيار فلا يرجع اه ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لانه أخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضي بل لانه ليس بغرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور ومن جهته (أقول) ليس ذلك بشيء لان قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذلك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تلك مبيع عقار جبر بغير اختيار منه وفسر في شرحه قيد جبر بمعنى عدم صورة الأخذ بالتراضي أيضا حيث قال يعني لا يعتد باختياره لانه يعتبر بعدم اختياره ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الاول واعتبار عدمه في الثاني تأمل تقف بقى شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو أنه نفي كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور فلها مثل أن يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نقاه وان كان سببهم غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع

جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (في الكتاب) يعني مختصر القدروري والله أعلم

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول قوله تعسفا اسم أن في قوله والتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال الخ

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقاراً أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ماعمره وانتهى بتنظيم القسمة ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال (ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصه وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقلياً وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن اذ لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار

الاخذ بخصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بأن يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور ومن جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة اهـ والظاهر أن خصم الشفيع وان رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا واقعه الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب بمجمل لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقاراً أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النسبة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط * ثم أقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل ماله أصل من داراً أضيعة اهـ فلعلم ما وقع في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منهما فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب لأقسام من الشفعة كما ثبتت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها أيضاً على ما صرحوا به * ثم اعلم انه قال الجوهرى في الصحاح في فصل العين من باب الرأى العقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار اهـ وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اهـ (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقاراً ولا بما يشمل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلم يفسر الاخص بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع أو حائط (أقول) فيه شئ وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة

* (باب ما تجب فيه

الشفعة وما لا تجب) *

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب بمجمل لان التفصيل بعد الاجمال قال (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة أى ثابتة في العقار وهو ماله أصل من داراً أضيعة (وان كان مما لا يقسم) أى لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلاً بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاص مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان وأصله مأخوذ به والحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهرى الفتح وقال انما تسكن في ضرورة الشعر وقوله (اذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفن بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدماً على الجار

* (باب ما تجب فيه

الشفعة وما لا تجب) *

(والمسلم والذي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر وإن العومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير) وقال لاشفعة للصغير لأنه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا إن لم يتضرر في الحال يتضرر في المال (ويستوي الباني والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا (٣٦٤) أو مكاتباً) فإن كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان أو لا وإن كان هو

المولى فإن كان عليه دين فله ذلك والأفلا وهذا لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (وإذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك ما هو مال (لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن إذا كان العوض مالا فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في اثبات حق الأخذ به ذلك السبب لا بالنشأ سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض وكان سبباً غير السبب الذي يملك به المملك وعلى هذا (لاشفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبيد أو حانوت أو يصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبد إلا أن الشفع لا يقدر على تملك هذه الأشياء للمشتري حتى يتحقق التملك

قال (والمسلم والذي في الشفعة سواء) للعومات ولأنهم ما يستويان في السبب والحكمة فاستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي في ذلك كروا لأنثى والصغير والكبير والباني والعادل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً قال (وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال (ولاشفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً) لأن الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعراض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها

والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربيع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه أن مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربيع وحائط أيضاً كضبعة خالية من الأول ليس كذلك قطعاً فكيف يتم التملك به فإن قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الإضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربيع وحائط بالإضافة لعروض والسفن لا قصره عليهم بالنسبة إلى جميع ما عداهما فلا ريب في لزوم المزبور قلت من أين تفهم أن إضافة ذلك القصر إلى العروض والسفن لا إلى العروض فقط دون السفن ولا إلى ما يعم شيئاً مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور وبصيرجة على مالك في إيجابه في السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم أن الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لأن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن إذا كان العوض مالا فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في اثبات حق الأخذ به ذلك السبب لا بالنشأ سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً غير السبب الذي يملك به المملك اهـ (أقول) لقائل أن يقول لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي يملك به المملك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضا الوهاب والمملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفع أخذه بلا عوض لأننا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المملك وعن هذا قالوا إن حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا المملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأما الهما ماذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لأنها ثبتت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها) قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع

بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبد إلا أن الشفع لا يقدر على تملك هذه الأشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الأصل المذكور وهو قوله لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافي ولكن استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لأن الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهاراً وعند الشافعي تجب فيها الشفعة

(قوله واجبة وهي انما تمكن إذا كان العوض مالا) أقول قوله واجبة خبران في قوله لأن مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كافي) أقول خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ

لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والابارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق (ان تعذر اخذ بثمنها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلا) وقوله أي قول الشافعي رحمه الله (يتأق فيما اذا جعل شقصا من دار مهورا أو ما يضاهاه) أي ما يشابه المهر كبذل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لافي الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالجمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الاعراض متقومة وتقريره أن تقوم هذه الاعراض اما أن يكون مطلقا وضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) وانما أفرد ههنا لان تقوم ههنا بعد لانهم ليسا بمالين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العرق اسقاط وازالة الدم ليس الا حق الاستيفاء وليس من جنس (٤٣٧) ما يتم قول به ويدخر وقوله (وعلى هذا)

ليبان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونه مقابلا بالبيع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالة ولا شفعة في الشراء الفاسد وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة في السافط لا تقضى الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار) أي في شيء منها (وقال لا تحب في حصة الالف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية في حقه) أي في حق ما يخص الالف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى

ان تعذر بثمنها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأق فيما اذا جعل شقصا من دار مهورا أو ما يضاهاه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الابارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعرق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيه ما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهورا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبيع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقال لا تحب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبعية ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه

والابارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق اه (أقول) في قوله وقيمة الدار تنظر اذا الكلام في قيمة الاعراض التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة لاني في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لقيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعراض المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجال ما قلنا قال كأن الكلام في قيمة الاعراض لاني في قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصب في زيادته العبد والحق بالدار في المواخاة فان العبد مأخوذ في جانب الاعراض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فكون الكلام في قيمة الاعراض لا يتأق اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لانفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بدله من المصير الى قيمة العبد في تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فيسجي من بعد (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) قال في العناية انما أفرد ههنا لان تقوم ههنا بعد لانهم ليسا بمالين فضلا عن التقوم اه (أقول) فيه

البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه إشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقضى الى المبادلة المالية وأما أن تكون هي المقصودة فمنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفا فاجبر ربح ألفا ثم اشتري بالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للوكيل على ما يجبي فكذا في حصة الربح وهو البيع

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام في قيمة الاعراض لاني في قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفرد ههنا) أقول فيه شيء لا يخفى جوابه قال المصنف (ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل في التغاير بين الدليلين

قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف القدوري قوله أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها بعد امن الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس يصح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا (الأن يكون بعوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فإنه إذا وهب دار الرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقابضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لافي الموهوب ولا في العوض أن كان العوض دارا (لأن كل واحدة منهما مطلقة عن العوض إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع) (٤٣٨) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع

قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكاره كان قوله أو يصالح عليها لأنه إذا صالح عنها بانكاره بقي الدار في يده فهو يزعم أنهم لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال اقتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحا بخلاف ما إذا صالح عنها باقرار لأنه معترف بالملك للدعي وإنما استفاده بالصالح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها باقرار أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا لأن تكون بعوض مشروط) لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبني عليه على ما مر وإذا أخذها في الثالث وجب البيع لهجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دارا إلى جنبها والخيار لأحدهما فلا الأخذ بالشفعة أما للبائع قطاها لبقائه ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه اشكال أو ضمناء في البيوع فلا نعيده

بحث لأن تمامه يتوقف على كون سائر الاعراض المذكورة مالا وإن لم تكن متقومة وليس الأمر كذلك فإنها أيضا ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعراض ليست بأموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح إن المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندي في تعليل أن تقومهما أبعداً يقال لانهما ليسا بمقتومين أصلا أي لا بالتقوم الضروري ولا بغية الضروري كما مر آنفا (قوله وفيه اشكال أو ضمناء في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ

يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد فلا تمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وإن اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال (والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ) (قوله وإذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بهجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشتري

دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما) أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الأخذ وقيل بالشفعة أما البائع قطاها لبقائه ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعته لأنه قرر ملكه واقرار البائع على اقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لأنه لو لم يجعل نقض المكان إذا أجاز البيع فيها ملكها للمشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البهني من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضا وقوله (أو ضمناء في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهي ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لأجل خيار المشتري

(قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا ثم أفسدا) أول كلامه ظاهر وفي قوله ومن ابتاع دارا ثم أفسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فساد ابتداء لان الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ألا ترى أن النصرا في إذا اشترى من نصرا في دارا بخمر ولم يتقاضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخرفانه يفسد البيع وحق الشفعة باق لان فسادا بعد وقوعه صحيحا (قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) (٤٣٩) يعني الأخذ بالشفعة واعتراض

عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع كالم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليصل إلى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض أما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل الخمر غنا فلو اسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا غن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما يبيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا ثم أفسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار أخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه

وقبل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راتجة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقبل لم يقل في بيع هذه الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه في كفاية المنتهى كذا في العناية أخذ من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعبد به بأي عن أن يكون مراده بقوله أوضحناه في البيع أيضا حقه في بيع كفاية المنتهى لان ذكر شي في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا يعد إعادة والالزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل إعادة لكونها من كورة في كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا ثم أفسدا) قال صاحب العناية وفي قوله ومن ابتاع دارا ثم أفسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فساد ابتداء لان الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله اه وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما إذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضا فيما إذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد وأما في الصورة الأولى فهو حاصل في الابتداء والانهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية فجرد البيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوفا إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوفا إلى الأولى والصواب أن وجه التلويح إلى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيداً للابتاع الذي هو أصل العقد فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لاستترابه (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد)

يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن مشتري ذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنبها وفي الفساد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وان كان محتملا فيمكن في الخيار للمشتري ملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفساد لا يمكن لانه ممنوع عن التصرف

(قوله تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخ) أقول حتى أسلما أو أسلم أحدهما (قوله يعني الأخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعني اثبات حق الشفعة (قوله فلو اسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول فيه بحث إذا حاجة إلى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كافي خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول فيه بحث

واعترض بأننا لانسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع مع بيعه صحيحا ولا يبقى لبايعه حق النقص وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأننا لانسلم أن له ذلك بل هو ممنوع عنه وقد يترتب على المحذور من الأحكام كالوطء حالة الخيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممتنع وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحذور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقريره كان كافيا وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع ولكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير محذور أو على من صار أحمق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار وان لم يكن مالكا فهو أحمق بالتصرف والمشتري شراء فاسد ليس منهم ما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو) أي المشتري (شفيعها لان المالك له) لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لان قول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة ممتنع من نقض المشتراة شراء فاسدا (٤٤٠) مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فإنه لو ثبتت الشفعة ثم لا تنقل

قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان المالك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لا تقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وأجيب عنه بأن فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر غنما فلا بأس سقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا غنم وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك وأما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل والترؤى فباستقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خياره دازبدة ما في الشروح وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلا أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا غنم حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر قد بره (أقول) ليس هذا بشئ لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور أما الاول فلا لأن اسقاط

الشراء الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فان قبل المالك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع ممتنع وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتري شراء فاسدا فان بقاء ذلك منفع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة كقيام حق المرتب في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع

الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقريره هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم ان سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم به ليس بشرط (وان استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لا تقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

(قوله واعترض بأننا لانسلم أنه الخ) أقول لفظ الاخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض فإنه لا يبقى تصرف للبائع فيما اذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل فان قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأننا لانسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لانسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى الخ) أقول واستظهارا أيضا وقد سبق مثله في هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمنا

قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) (٤٤١) ولانها لو وجبت لوجب للقاسم

لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفعة الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذين القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فليس للشفيع الشفعة) لانه فسخ فى حقهما والولاية ما على أنفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حصة البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ومراعاة الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطف على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه ثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهم ما يثبتان للحل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم

قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة قال (واذا اشترى دارا فسلم الشفعة الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذين القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فليس للشفيع الشفعة) لانه فسخ فى حقهما والولاية ما على أنفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حصة البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ومراعاة الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطف على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه ثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهم ما يثبتان للحل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم

الشرط المفسد الرجوع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء الشروط بانتفاء شرطه وأما إمكان عدم اسقاط ما يصلح لأن يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفيد لان الشفعة انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذه المشتري لا بمطلق جنس الثمن وأما الثانى فسلان اعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بحال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة لكونه ما لا متقوم عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم ببيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى للإيراد المذكور أصلا (قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا أن كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المقسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانيا فلا أنه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعتذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريكك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلا أن المقاسم انما كان شريكا قبل الاقسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلا أن تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبتل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقها للمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار اسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك كما ظنك فيما نحن فيه (قوله ومراعاة الرد بالعيب بعد القبض) قال

(٥٦ - تكمله سابع) رواية الفتح فقد أثبت الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية فى قسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة فى ساعته لم يكن فى الرد فائدة

وفيه نظار سيعلم وأنكر نخر الاسلام كالمصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام فاضل خان في شرح الجامع الصغير رجل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكبلاً أو موزوناً من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرثة غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما أن يكون غير ما وقع في الاولى أو مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقاراً أو غير فانهم اذا اقتسموا تأنيار بما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيداً والله أعلم (٤٤٢)

باب ما يبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفعين بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرداء - قاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعناق (قوله واذا ترك الشفعين الاشهاد حين علم) يعني طلب الموائبة بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفעתه وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أي طالب الموائبة وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك

باب ما يبطل به الشفعة

قال (واذا ترك الشفعين الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفעתه) لا عراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم

جاءة من الشراح أي مراد القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتلأمل اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدر عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخاً من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلم يكن المراد بقوله أو يعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله ههنا ما سبق (أقول) الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلا تهلو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدر في وان ردها يعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكر قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رتبة أو شرط أو يعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له درية بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلا أن عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدر في أو يعيب بقضاء قاض عاماً شامل للصوري القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيّد بذلك القيد مصوناً عن اللغو وغير محمل بعمومه فرداً آخر أيضاً اذا لم يكن القيد منافية لعموم ذلك الفرد الآخر وههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضاً غاية الامر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفعين الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفעתه لا عراضه عن الطلب)

فان

طلب الموائبة فهو على شفעתه وكذا ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم

(قوله وفيه نظار سيعلم) أقول بعد أسطر

* (باب ما يبطل به الشفعة) *

قال المصنف (واذا ترك الشفعين الاشهاد حين علم بالمبيع الخ) أقول قوله حين علم اشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار اليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب الموائبة) أقول يعني ترك نفس طلب الموائبة مطلقاً شهداً ولا

(وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلتك شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعتقتها (فبالفساد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملازم وغيره ان ما كان فيه (٤٤٣) توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالأجارة

والعادية والتولية ونحوها فهو ملازم لان الأخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملازم لانه اعراض عن لازم الأخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به

قال (وان صالح من شفيعته على عوض بطلت شفيعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكركم قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطاً لازماً لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد به هذا الاشهاد نفس طلب الموائبة ولكن لما كان طلب الموائبة لا ينقل عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهاداً والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثلاً ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى في تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب الموائبة حيث قالوا واذا ترك الشفيع الاشهاد أي طلب الموائبة واستغنوا به هذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكفاية وفسره صاحب العناية أيضاً بما فسرناه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف ههنا لا عراضه عن الطلب عاضداً أي معيناً لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب الموائبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لا عراضه عن الاشهاد دون أن يقال لا عراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثلاً ما ذكره من التعليل ههنا اهـ وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة عاضداً أيضاً ذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب الموائبة نفس الاشهاد فأين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضداً للآخر (قوله وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية

(قوله فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التفسير لا يوجد شرط انتاج الشكل الاول الآن تجرد الصغرى موجبة سالبة المحمول والا حسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما رد العوض فلان حق الشفعة الخ) أقول والحق عندي أن قوله لان حق الشفعة دليل على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره الشارح وعليك

بالأمل وكن الحماكم الفصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفيعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفيعتك فيما اشتريت ملازم على ما ذكره من التفسير وغير ملازم على ما ذكره في بيان الفاصل فليأمل قال المصنف (فبالفساد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساد فلان في الدليل الاول فليأمل (قوله ونحوها فهو ملازم) أقول كالمزارعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عدم الملازمة لا يتوجه السؤال

في شرح هذا المقام وان صالح من شفيعه على عوض بطلت الشفعة ورد العوض أما بطلان الشفعة فلا نحق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلا نحق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه كرامة المال مثل قول الشفيع للمشتري سلتك شفعة هذه الادارة اجرتنيها أو اعترتها فبالفساد وهو ما ذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطع معنى المقام يرشد اليه جدا التفريقان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلت شفعة هذه الادارة كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترتها لغيره أو قال للبائع سلتها لك ان كنت بعته لنفسك وقد باعها لغيره فهذه ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا لانه انما يبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كافي الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له بأن المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالتبر والخزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معني فان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فتي سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلا فلا يسقط حقه في الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا ماساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما معزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبي المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سؤال الجواب في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفيعته أيضا الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ولم يجب عنه فينبغي ما يوجب لا يخفى

لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصحه الاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لنقد الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلا الشرطين لا الثاني فقط تأمل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقول لان بعض الشيء لا يكون عوضا عنه

قوله (وكذا الوبايع شفيعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقرا فأما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقرا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت الخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مال لم يعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة (٤٤٥) والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية

كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينهما وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط الإتمام الرضا وله إذا لا تسقط بالسكوت وتتمام الرضا عما يتحقق اذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال

وكذا الوبايع شفيعته بما لم يبيننا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض اهـ (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نأخذ بان في قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذا لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك الا بطريق مفسد ومخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعبر بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا اذا لا يصلح شيء منهما لأن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض نعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعبرات لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية وأما ثانيا فلا نأخذ بتعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصص المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول أن يقال لكون الحصص معلومة تدبر (قوله وكذا الوبايع شفيعته بما لم يبيننا)

(وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا الوبايع شفيعته بما لم يبيننا) أقول يعني أنفا وأنت تعلم أن ما بينه لا يتو بتتمام المدعى ههنا اذا لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقرا) أقول يعني كان القصاص حقا متقرا (قوله فأما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث ان حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك تغيير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمنزلة غيره وبعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبرا بمنزلة غيره وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتنامل فيه فجوابه غير خفي (قوله ووجهه ان حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لا تفي ملائمة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفيعته الخ) اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل القضاء بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفيعته وليس لورثته ان يأخذوها وان كان الثاني فلمهم ذلك وقال الشافعي الاول كالثاني بناء على أصله أن الحقوق تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها أو لم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا ألزاه باختياره بأن باع نسقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته) أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصي له فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فلا شفيع أن يقضيه كالأول باعها المشتري في حياته لا يقال يبيع القاضي حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع لا جاع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون (٤٤٦) نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما أن يكون باتا أو بالخياره فان

كان الاول بطلت شفيعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أي ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا أو ابرأ عن الدين ولا يعلم أن له ديننا وطول بالفرق بينها وبين ما اذا سلم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجيب بأن المساومة والاجارة لم يوضع للتسليم

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفيعته) وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقضيه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشتري لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي أو الوصي أو وصي المشتري فيها الوصية فلا شفيع أن يبطله وبأخذ الدار تقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفيعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا أو ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخياره لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا باع فلا شفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لا شفعة له

أشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يني بتمام المدعى هنا فلا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس يبيع حقيقة يعرف ذلك بما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن يبيع حقيقيا لانه من

وانما تسقط به الدلالة على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والبراء ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كل موضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفيعته لان الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع أو يبيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له

قال المصنف (ولانه بالموت يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كأنه قال لما مر في البيع ولانه (قوله لان العلم بالمسقط الخ) أقول لعل المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثاني الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بمثابة أسطر تخميننا وهو قوله فان كان الاول بطل شفيعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشتري الى قوله لا شفعة له) أقول قال في غاية الوفاة من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع أو يبيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالموكل بالشراء فلا شفعة له الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا

ومن اشترى لو كيل المشتري أو اشترى له كالأكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب وهو أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك) أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرل رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرخص المشتري الا بضمائه فكان الأخذ بالشفعة سعيًا في نقض ما تم من جهته (وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف (٤٤٧) أو أكثر فتسليمه باطل وهو على

شفعته أما في الأول فلا لأنه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كأنه قال سلمت ان كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فينتفي بالتفاسط وفيه نظر سيأتي بخلاف ما اذا ظهر أكثر من ألف فان مستكثر ألف أكثر استكثارا لا أكثر من التسليم صحيحا وأما في الثاني فلأنه رعا ما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به اذا الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا أن لا يصح اذا ظهر أقل كان أولى وكذا كل مكيل أو

ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرل عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن البيع تم بمضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لأنه انما سلم لاستكثارا الثمن في الأول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذا الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمتها ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية

المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاوضات أصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليمه بالان البيع عليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التملك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لان اطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلًا أو موزونًا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته التي اشتراها أو أكثر وكذلك تعليل دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وهكذا أيضا استدلال في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلما أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلًا أو موزونًا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا أن لا يصح اذا ظهر أقل أولى اه (أقول) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر

موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمتها ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كالأكيل بيعت بألف فلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا أنهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة

(قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام في إيهام هذا التقييد لمن أول الوهلة ما ذكره فالأولى هو الاطلاق

(واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله في (٤٤٨) الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد

اشترها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الابعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عماري عن أبي يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف وقد تكون حاجته الى النصف ليست به مرافق مله ولا يحتاج الى الجميع **فصل** لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

قال (واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لاشفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه **فصل** قال (واذا باع دارا لامقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهدمه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه

غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفاً أو كثر وأقل كان التقييد بكونها ألفاً أو كثر غير مفيد قطعاً فان لم يكن مخالفاً على إيهامه في بادئ الرأي تقييد الحكم أيضاً فلا أقل من كونه مستدركا وان عدل الحول مسلك الدلالة بالاولوية مع كونه أهما مبهما في هذا المقام كفي أن يقال قيمتها كثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساوياً له أولى فلا يخلص من استدراك أحد القيد (قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني تفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الابعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذ كرنا ما يتعلق به من الكلمات هناك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فمما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكرهنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذا قدرته على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمر وفليتأمل اه كلامه (أقول) هذا ليس بسديد لان ما حصله من الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئاً من كلامهما لا يساعد ذلك أصلاً ما كلام المصنف فلا تله قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ولا شك ان أولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد وأما كلام الامام محمد فلا تله قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطاً محضاً انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقاً لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطاً يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تأمل توقف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذا قدرته لا أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمر وفليتأمل

فصل واذا باع دارا

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه وكلامه واضح وقوله (لما ينال) اشارة الى قوله لانتقطاع الجوار وقوله (الا أن المشتري في الثاني شريك) لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفعة للجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله (فان أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفعة في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله (الا اذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعني أنها حيلة عامة الا أن فيها وهم وقوع

الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار يتضرر به أي يرجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار وقوله (والا وجه الخ) تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالمو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

لما ينال قال (واذا ابتاع منها سهم ما بئس ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني) لان الشفعة جار فيه ما الا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادره مما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بئس ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى نعم الجوار والشركة فيباع باضـعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه كذا في العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر اهـ (أقول) الاظهر عندي أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذي الجار ان الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذي نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما تحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيان فقال ومن الحيلة أنه اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض الباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر فلو أراد الشفعة أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالمو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف اهـ واقتنى أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيان الا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا لمعنى كلام المصنف حيث قال وقوله والاوجه الخ تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى اخر ما ذكر في النهاية معزى الى فتاوى قاضيان (أقول) لا يذهب على ذي فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيان وفي الشرحين المزبورين فان معنى كلامه أن يباع بكل الدرهم التي هي الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها

(٥٧ - تكمله سابق) الشفعة الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير في لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري (قوله تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقرير لما في الكتاب بل ذلك التفسير يرجح له أخرى نعم الجار والشريك على ما ذكره الامام الزيلعي وتقرير ما في الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدرهم ثم اذا استحق العقارين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف الا فراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليأمل

وقوله (ولا تكرر الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري الشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكرر الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة

مسائل متفرقة في ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه وألفاظه ظاهرة سوى (٤٥٠) ما تنبه عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة

ضرر التلقيص فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التلقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعد وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدوري قال روى عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه

قال (ولا تكرر الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكرره عند محمد) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أجبنا الحيلة ما دفعناه ولا يوجب يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعتد ضررًا وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة

مسائل متفرقة

قال (وإذا اشترى خمسة نفر دار من رجل فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا تقدم ما عليه مالم ينقصد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق البدع على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض ثمنًا أو كان الثمن جلة لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقي دنائره وعن هذا قال المصنف فيما إذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا نعم لا يرجع المشتري بعشرين ألفًا وإنما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينيين مشتركان في أن يعامل الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانًا وشرحًا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكرر الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكرره عند محمد رحمه الله) قال في العناية أخذًا من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكرر الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى (أقول) في هذا التقرير شيء وهو أنه إما أن يراد بالإجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالإجماع والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأما ما كان لا يخلو التقرير المسد كور عن اضطراب أما على الأول

وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا تقدم ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار فلان حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق البدع على البائع وقوله (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدًا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن طلق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع

مسائل متفرقة (قوله يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا) أقول يعني على الأخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يجبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق البدع عليه

(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشترى أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للشترى ادفع الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لمافيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار الى البائع (وان كان له فيه نفع يعود العهد الى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع نصيبه) فان للشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذي قاسم) فانه لم يجز بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة والشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفع النصف الذي صار للشترى (يدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للشترى في أي جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر قال (٤٥١) (وتسليم الاب والوصي الشفعة) قد ذكرنا أن الجمل والصغير في استحقاق الشفعة

كالكبير لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده أو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفيعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله) وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفيعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشترى أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لمافيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه يعود العهد على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع نصيبه حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للشترى في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذها اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال (ومن باع دارا وله عبد ما أذن عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فله الشفعة) لان الأخذ بالشفعة عليك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة من يبيع له قال (وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفيعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شرا دارا بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير لا يملك ابطاله كدبته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرا ربه ولهما أنه في معنى التجارة فيملك ان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي

فلان القطع يكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كما ذكره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال

مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر رحمه الله لا يصح منه التسليم أصلا وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روي أن محمد مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمه الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدبته) وفي بعض النسخ كدبته بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالأبراء عن الديون والعقود عن القصاص الواجب له (ولانه شرع لدفع الضرر) وفي ابطاله اضرا ربه ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه في معنى التجارة لانه يملك العين فيملك كانه يوضحه أنه لو أخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهد بخلاف البيع منه ووضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح

(قوله فانه لم يجز بين المتعاقدين) أقول أي المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الجمل الخ) أقول لم يدكر الجمل فيما تقدم يعني في باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمه الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي) أقول يعني في محل الخصومة الخ

وقوله (ولانه دائر) دليل اخر
 على ملكه بخلاف الدية
 والقود فان تركهما ترك
 بلا عوض فيكون اضرا
 به وقوله (وسكونهما
 كابطالهما) لما كان ماذ كر
 من الدليل مختصا بالتسليم
 أردفه بقوله وسكونهما
 كابطالهما (لكونه دليل
 الاعراض وهذا اذا بيعت
 بمثل قيمتها) أو الغبن اليسير
 من المثل (فان بيعت بأكثر
 من قيمتها) بغبن فاحش (قبل
 جاز التسليم بالاجماع)
 يعني من غير خلاف ل محمد
 وزفر لانه تمحض نظرا وقبل
 لا يصح بالاتفاق (وهو
 الاصح) لانه لا يملك الاخذ
 فلا يملك التسليم (كالاجنبي)
 فيكون الصبي على حقه
 اذا بلغ (وان بيعت باقل من
 قيمتها بمحابة كثيرة فعن أبي
 حنيفة لا يصح التسليم)
 منهما واذا لم يصح عنده
 لا يصح عند محمد وزفر أيضا
 لانهما لم يربا تسليهما اذا
 بيعت بمثل الثمن فلان لا يربا
 اذا بيعت باقل بمحابة كثيرة
 أولى وانما خص قول أبي
 حنيفة رحمه الله بالذكر لان
 المحابة الكثيرة لا تخرجها
 عن كونها بمعنى التجارة
 ولهما ولاية الامتناع عن
 الاتجار في مال الصغير
 ولكن قال لا يصح التسليم
 في هذا لان تصرفه مافي

يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هـذا قد يكون في تركه ليسبق الثمن

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليسبق الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكه
 وسكونهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما
 لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقبل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ
 فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة فعن أبي حنيفة انه لا يصح التسليم
 منهما أيضا ولارواية عن أبي يوسف والله اعلم

بعض المشايخ غير مكر وه الخ فلان القطع يكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الأئمة
 السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض
 من المبسوط بعدما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لا يبطال حق الشفعة لأبأس به أما قبل
 وجوب الشفعة فلا إشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما
 قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقبل هـذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على
 قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام
 قاضيان في فتاواه ذكر محمد درجة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر
 الكراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع
 وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكره وقال بعض المشايخ
 تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لا يبطال حق واجب
 وقبل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ
 الامام شمس الأئمة السرخسي لا بأس بالاحتيال لا يبطال حق
 الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك
 كالوتر كالكسب المال لمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب
 الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتيال لدفع
 الضرر عن نفسه لا لاضرار بالغير فظاهر
 ما ذكر في الكتاب دليل على هذا
 الى هنا لفظ فتاوى قاضيان

تم الجزء السابع من تكملة فتح القدير ويليه الجزء الثامن وأوله كتاب القسمة

ماله انما يكون بالتى هي أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولارواية عن أبي يوسف) لانه
 كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب

فهرست الجزء السابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صفحة	صفحة
باب اقرار المريض	٢
فصل في بيان الاقرار بالنسب	١٣
(كتاب الصلح)	٢٢
فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ	٣٠
باب التبرع بالصلح والتوكيل به	٣٨
باب الصلح في الدين	٤٠
فصل في الدين المشترك	٤٦
فصل في التخارج	٥٢
(كتاب المضاربة)	٥٧
باب المضارب يضارب	٧٠
فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ	٧٣
فصل في العزل والقسمة	٧٤
فصل فيما يفعله المضارب	٧٨
فصل آخر	٨٣
فصل في الاختلاف	٨٦
(كتاب الوديعة)	٨٨
(كتاب العارية)	٩٩
(كتاب الهبة)	١١٣
باب الرجوع في الهبة	١٢٩
فصل ومن وهب جارية الاجلها الخ	١٣٩
(كتاب الاجارات)	١٤٥
باب الاجر متى يستحق	١٥٢
فصل ومن استأجر رجلا لينذهب الى البصرة الخ	١٦٣
باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها	١٦٤
باب الاجارة الفاسدة	١٧٤
باب ضمان الأجير	١٩٩
باب الاجارة على أحد الشرطين	٢٠٨
باب اجارة العبد	٢١٣
باب الاختلاف في الاجارة	٢١٨
٢١٩ باب فسخ الاجارة	
٢٢٤ مسائل منشورة	
(كتاب المكاتب)	٢٢٥
فصل في الكتابة الفاسدة	٢٣٤
باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله	٢٤٢
فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ	٢٤٩
فصل واذا ولدت المكاتبه من المولى الخ	٢٥٣
باب من يكاتب عن العبد	٢٦١
باب كتابة العبد المشترك	٢٦٣
باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٢٧٠
(كتاب الولاء)	٢٨٠
فصل في ولأه الموالاة	٢٨٨
(كتاب الاكراه)	٢٩٢
فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر الخ	٢٩٧
(كتاب الحجر)	٣٠٩
باب الحجر للفساد	٣١٤
باب الحجر بسبب الدين	٣٢٤
(كتاب المأذون)	٣٣٢
فصل واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة الخ	٣٥٧
(كتاب الغصب)	٣٦٠
فصل فيما يتغير بعمل الغاصب	٣٧٥
فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ	٣٨٦
فصل في غصب ما لا يتقوم	٣٩٧
(كتاب الشفعة)	٤٠٥
باب طلب الشفعة والخصومة فيها	٤١٨
فصل في مسائل الاختلاف	٤٢٤
فصل فيما يؤخذ به المشفوع	٤٢٧
فصل واذا اشترى فيها أو غرس الخ	٤٣٠

صحيفة

٤٣٥ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

٤٤٢ باب ما يبطل به الشفعة

صحيفة

٤٤٨ فصل واذا باع دارا لامقدار ذراع منها الخ

٤٥٠ مسائل متفرقة

﴿ غت ﴾